

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

JOÃO VITOR COELHO DO PRADO MORTEAN

**RACIOCÍNIO JURÍDICO: O PROBLEMA DA DECIDIBILIDADE E A
ARGUMENTAÇÃO**

CURITIBA
2017

JOÃO VITOR COELHO DO PRADO MORTEAN

**RACIOCÍNIO JURÍDICO: O PROBLEMA DA DECIDIBILIDADE E A
ARGUMENTAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito no Curso de Graduação em Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná.

Orientador: Prof. Dr. Clayton de Albuquerque Maranhão

CURITIBA


2017

TERMO DE APROVAÇÃO

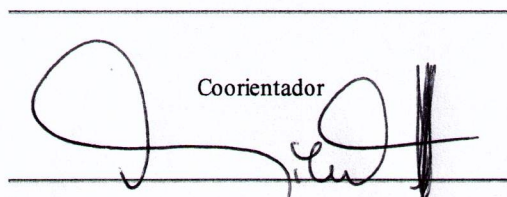
JOÃO VITOR COELHO DO PRADO MORTEAN

Raciocínio Jurídico: o problema da decidibilidade e a argumentação

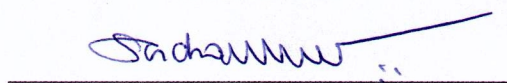
Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:



CLAYTON MARANHÃO
Orientador



VICENTE DE PAULA ATAÍDE JR - Direito Civil e
Processual Civil
Primeiro Membro



SANDRO MARCELO KOZIKOSKI
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Por todos aqueles que me deram forças e iluminaram meu caminho e dele fizeram parte para que mais uma etapa fosse vencida.

A todos que tive a oportunidade de conhecer e que contribuíram de alguma forma para o meu crescimento, os quais nunca esquecerei.

Ao meu orientador, professor Clayton de Albuquerque Maranhão, pelas orientações conclusivas que direcionaram meus estudos e conhecimentos, pelos ensinamentos indispensáveis para a inspiração deste trabalho, que levaram a sua execução e conclusão, e que ainda serão de grande importância para os próximos.

Aos professores que tive o prazer de aprender com.

Aos meus amigos e familiares, pela compreensão, pelo apoio e incentivo, sem os quais nunca me seria possível atingir qualquer conquista.

A procura da verdade é difícil e é fácil, já que ninguém poderá desvendá-la por completo ou ignorá-la inteiramente. Contudo, cada um de nós poderá acrescentar um pouco do nosso conhecimento sobre a natureza e, disto, uma certa grandeza emergirá.

ARISTÓTELES

RESUMO

O presente estudo visa um problema profundamente verificado no Direito, que se relaciona com sua função mais basilar, de aplicar o direito para a solução dos casos, o que é da maior importância à sociedade, que se baseia na capacidade do Direito de proferir decisões para a proteção dos direitos e imposição dos deveres. Não há dúvida de que isso representa o núcleo de múltiplas disputas, sobre uma variedade de questões e controvérsias as quais nenhuma resposta simples pode ser fornecida, nem um estudo que opera em apenas uma direção. O objetivo principal é, portanto, propor uma investigação sobre o Direito e suas decisões, com sorte, em direção a uma compreensão mínima. O assunto é tratado pelo vértice do raciocínio jurídico e suas mudanças ao longo da história e suas principais determinações para a configuração atual. Alcançando assim a argumentação como seu ponto central e como elemento necessário para si e para a realização de uma decisão judicial, também concebendo, como elemento que não pode ser negligenciado, a Dialética, a muito tempo já pensada, como método inerente ao Direito, e, portanto, como elemento verdadeiramente seu.

Palavras-chave: Decisão Judicial. Raciocínio Jurídico. Argumentação Jurídica. Dialética.

ABSTRACT

The present study aims for a problem that is deeply verified in Law, that relates to its most basilar function, of applying the law to the ruling of cases, which is the upmost important thing for society, that relies on the capacity of Law to make decisions in order to protect rights and impose duties. There is no doubt that this represents the core of multiple disputes, on such variety of questions and controversies that no simple answer can be provided, neither a study that operates in only one direction. The main objective is therefore to propose an investigation about Law and its decisions, hopefully, heading for a minimum comprehension. The subject is treated by the legal reasoning and its changes throughout history and its main determinations for its current configuration. Reaching thus argumentation as its central point and as a necessary element for itself and for the achievement of a judicial ruling, also conceiving, as an element that can not be overlooked, the Dialectic, long thought of as an inherent method of Law, and, therefore, as truly his element.

Key-words: Judicial Ruling. Legal reasoning. Argumentation. Dialectic.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	9
2	O DIREITO E O FENÔMENO DA DECISÃO JUDICIAL.....	13
2.1	DIREITO ENQUANTO DECISÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DA DECIDIBILIDADE	13
2.2	AS PARTICULARIDADES DO DIREITO: A NECESSIDADE DA EXPLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS	16
2.3	DO RECURSO À FILOSOFIA COMO A BUSCA PELO CONHECIMENTO PRIMEIRO: ANUNCIAÇÃO ÀS FONTES DO DIREITO	25
3	ANÁLISE DAS FONTES DO DIREITO	30
3.1	SOBRE AS FONTES DO DIREITO: FONTE IDEAL E FATUAL	30
3.2	FONTES IDEAIS: DO PERÍODO PRÉ-MODERNO E MODERNO DO DIREITO	38
3.3	FONTES FATUAIS E FORMALISMO: A SAÍDA DA MODERNIDADE NO DIREITO	47
3.4	CONCLUSÃO SOBRE AS FONTES E O RACIOCÍNIO JURÍDICO	57
4	RACIOCÍNIO JURÍDICO E ARGUMENTAÇÃO: ALGUNS ELEMENTOS TEÓRICOS.....	66
4.1	RACIOCÍNIO JURÍDICO E SUA PROBLEMÁTICA.....	66
4.2	ANOTAÇÕES SOBRE A TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA À LUZ DAS FONTES DO DIREITO	74
4.3	A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E CERTEZA NO DIREITO: DA RECONCILIAÇÃO PROPOSTA POR NEIL MACCORMICK.....	84
4.4	A SUFICIÊNCIA DA ARGUMENTAÇÃO: DA IMPORTÂNCIA DA DIALÉTICA	89
5	CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
	REFERÊNCIAS	100

1 INTRODUÇÃO

O próprio cotidiano do mundo do Direito revela por si o grande dilema da decisão judicial, se por um lado as pessoas, alheias a este mundo, acham dificuldade em entender como os juízes decidem os casos, o que não raras vezes também não é tranquilamente explicado por aqueles que estão emergidos neste plano, de outro, os próprios juízes tem ínsito a sua mente que casos similares são decididos de formas diversas, e mais do que negar o problema e critica-lo como inerente ao sistema judicial adotado é preciso se valer da postura crítica e da discussão para que se atinja a realização da função jurisdicional. Por isso, discutimos, no contexto atual, decisão judicial, ou de forma mais ampla, o problema de decidir casos jurídicos.

Discutir e refletir acerca da decisão judicial se trata de assunto de destaque no plano do Direito, ao passo que, quando os lados do conflito não chegam a consenso sobre a resolução da questão que os interesse, impele-se ao juiz o dever de produzir a solução correta, justa e constitucionalmente adequada para esses conflitos judicializados.

Abordar a questão da decisão judicial constitui, então, esforço necessário para o aprimoramento do Direito, para o cumprimento da função que a sociedade o encarrega, de resolver conflitos.

Diante da nova conjuntura jurídica, principiológica e constitucionalmente centrada, se propôs desde o início um sério problema quanto à aplicação do direito, pois não sendo mais suficiente o antigo método jungido à aplicação da letra fria da lei, se fez preciso buscar outros ensinamentos a respeito da interpretação e da decisão.

Nesse contexto que, assim, ganha exponencial importância o raciocínio jurídico enquanto forma de se compreender como as soluções de cunho jurídico são obtidas e produzidas, relacionando-se, pois, de forma central ao problema da decisão.

Consiste em perquirir acerca do modo pelo qual o pensamento jurídico se manifesta, concebendo que a existência de variados instrumentos jurídicos tornam mais árdua a tarefa de identificar a solução correta, embora sejam necessários para dar conta da multiplicidade de interesses que exigem proteção, desse modo, imputando ainda maior importância ao desenvolvimento do problema da

decidibilidade, principalmente voltado para a consideração da argumentação, como elemento central do raciocínio jurídico.

Também pelo tema da decisão judicial que se propõe enfrentar problemas de inegável relevância para o Direito contemporâneo, que são objeto das mais variadas discussões jurídicas, como o da legitimidade, do controle e do combate à arbitrariedade. Todos esses que, em comum, tem a identificação do raciocínio jurídico como critério de aferição.

Assim, preocupando-se principalmente com o problema da *decidibilidade*, isso é, de como se solucionar uma controvérsia, como chegar a solução adequada, se adota, como chave para essa discussão a análise do *raciocínio jurídico*, buscando, assim, assentar uma compreensão sobre este, das suas dificuldades, de sua evolução e configuração, e como a solução deve ser cotejada.

Para tanto, atrela-se, como proposta, o Direito à decisão judicial, como limitação a sua abrangência a fim de precisar o seu objeto, consistente na tarefa de decidir os casos concretos. Para o entendimento da realização dessa tarefa se faz necessária uma investigação acerca das bases do conhecimento jurídico, de forma sumária para a situação do raciocínio jurídico e a sua formação. Permite-se, após, que se busque uma compreensão acerca do raciocínio jurídico, identificando que as soluções são reflexos de uma construção argumentativa, e sendo revelado um elemento indispensável a este.

Dessa forma, como objetivo central afere-se uma tentativa de tomada de consciência acerca do raciocínio jurídico, por retratar o direito, sobejamente quanto a sua evolução, para que, assim, se compreenda, com maior clareza, os seus problemas atuais, especificamente voltado para a tarefa de decidir casos concretos.

Necessário esclarecer que não se trata de uma teoria ou análise acerca da aplicação do direito, muito menos quanto à prescrição, um dever ser, de como essa deve ser realizada, mas uma explicação, descrevendo e analisando a configuração do raciocínio jurídico ao longo da história, com ênfase crítica.

Impende, logo, entender do inegável caráter histórico da matéria, que se dá em incessante transformação, do qual, em cada momento, se identifica um elemento importante para a formação do Direito e contribui para a sua estrutura, assim, sobre as variadas teorias acerca do fenômeno jurídico que tratam sobre a sua realização, portanto, da sua aplicação, encarando em perspectiva teórico-prática.

Tratar do raciocínio jurídico não significa necessariamente tratar de “como devem aplicar normas, regras ou princípios”; “como utilizar o processo silogístico”, mas também de compreendê-lo em perspectiva teórica e prática. Teórico no sentido da relação com a estrutura do Direito, seu lugar, e prático no sentido da sua problematização. Sob esses vértices, tratando de uma compreensão acerca do raciocínio jurídico, o modo pelo qual o pensamento jurídico é expressado.

Não se propõe, definitivamente, rever todo o rico pensamento jusfilosófico, o que seria tarefa impossível, nem se dará conta de avaliar a multiplicidade de tendências doutrinárias, mas tão somente de esboçar uma análise a respeito da evolução do raciocínio jurídico em busca de uma compreensão mínima da sua complexidade, visando contribuir, pois, a uma “tomada de consciência”, assim, uma explicação de quais são as origens e os pressupostos que levaram, ou que são inerentes ao Direito, para torna-lo disciplina tão complexa, e destacando as suas especificidades, no que se distingue, para situar o seu quadro teórico.

Ainda, não há dúvidas de que o objetivo de compreender o raciocínio jurídico decorrerá de uma análise, necessária, acerca das concepções existentes acerca do direito e as escolhas que se fazem a partir da concepção tomada. Desse modo, sendo necessária uma análise sobre as fontes, primeiras, do Direito.

Por fim, tem-se como objetivo precisar um elemento indispensável ao raciocínio jurídico, decorrente da sua configuração, e jungido ao caráter argumentativo do direito, para que este tenha a possibilidade de cumprir os seus fins e realizar a sua função.

Dessa forma, no primeiro capítulo se abordará do Direito, voltado para o problema da decidibilidade, e algumas das especificidades deste que influem para o cumprimento de sua tarefa, de decidir conflitos.

Em seguida, no próximo capítulo, são analisadas as fontes primeiras do conhecimento jurídico, em vista da compreensão da formação do pensamento jurídico, e as bases para o raciocínio jurídico.

Ao terceiro capítulo é aprofundado o raciocínio jurídico, decorrente do problema da decidibilidade e das fontes do direito, sendo reveladas as suas dificuldades, sua configuração ao ponto da argumentação jurídica e analisado um elemento de observação obrigatória.

Situa-se, pois, em uma reflexão geral sobre uma das problemáticas de maior importância para o Direito, visando uma compreensão e precisão do raciocínio

jurídico que delinea a manifestação do pensamento jurídico, em sua formação, características, peculiaridades e exigências para a realização da decisão.

2 O DIREITO E O FENÔMENO DA DECISÃO JUDICIAL

2.1 DIREITO ENQUANTO DECISÃO JUDICIAL: O PROBLEMA DA DECIDIBILIDADE

O Direito assume a centralidade de vários aspectos de nossa vida, não há outro saber cuja pretensão é tão voltada para o agir humano e as suas interações quanto o plano jurídico, sua preocupação íntima é residual para a subjetividade dos sujeitos, mas acentuada para o *aspecto relacional entre as pessoas*, razão a qual os seus problemas são sempre os de mais difícil solução, pois não passam pela consideração de um único vértice, seja de razão ou fato, mas por um conjunto de fatos e valores que permeiam a sociedade em sua totalidade e na particularidade de cada situação que o defronta.

É em terreno complexo e repleto de nuances que o direito se assenta, com bases sólidas e fertilidade sempre esperada por seus ocupantes. As normas que o dão forma, instituídas para a sociedade, visam o seu próprio “bem”, de proporcionar o “justo” e assegurar o “seguro”. Se fosse de forma diferente, se o Direito cumprisse o seu papel pela satisfação de um único grupo ou agenda de interesses não teria necessidade deste trabalho, reconhecidamente diminuto diante da imensidão da discussão que o revolve e que se tenta abarcar.

É marcante que o Direito seja a estrela nos noticiários, e não nota secundária, é reflexo da sua investida nos assuntos sociais, de relevância substancial, colocando tudo sob a sua visão e com isso captando o interesse e a atenção de todos, tão grande é a sua presença que não existe pessoa que possa alegar que nada conhece sobre o Direito, nem indivíduo que possa dizer que tudo dele conhece, e, pelo contrário, é justamente o mais próximo deste último quem teria a maior dificuldade de o descrever.

O elemento comum é que todos depositam no Direito a sua última esperança. É na sua “casa”, no Poder Judiciário, onde se espera que o “justo” prevaleça sobre o “injusto”, onde se busca a reparação pelo mal sofrido, a punição à transgressão cometida, a garantia do direito existente. É a última saída daqueles que querem fazer o seu interesse prevalecer sobre o de outro, e por não poderem mais fazer pelos próprios meios, acionam o ente investido do poder para isso.

Assim, é sobre a preocupação primordial de *tutelar os direitos*, principalmente quando em situações de conflitos, que o Direito arvora a sua importância para a sociedade, de dar fim às disputas, sendo com essa intenção que se desenvolve, e que nunca se esgotará, por ser sempre natural à existência humana os conflitos, que se desencadeiam espontaneamente, assim se mantendo tanto quanto existirem sujeitos no mundo visando conquistar e angariar algum objetivo. Como já declarado há tempos: "*ubi homo ibi societas; ubi societas, ibi jus*", ou seja: "onde está o homem há sociedade; onde há sociedade há direito". Desse modo, é certo de que não há como escapar indefinidamente do Direito.

Dessa forma, se o Direito fosse inócuo o prejudicado seria toda a sociedade, para que isso não se configure exige-se deste a aptidão de fornecer *soluções*, isso é, respostas aos conflitos que se instauram no próprio seio da sociedade e entre os indivíduos que nela se relacionam, não apenas o *poder* de fazer, mas a *qualidade* na sua prestação, que, sem esta, o tornaria vazio. Sua consistência, pois, está em afirmar sob o cotejo de uma situação concreta qual é a *resposta jurídica* adequada, sem dúvidas, a grande pergunta, pois sempre se apresenta em forma de problema, desafiando o operador do direito, quem não pode ser herói nem fantoche do legislador, os julgadores, sobejamente, precisam estar cientes dos riscos da deslegitimação de suas decisões por fatores políticos e ideológicos.

É sobre a *questão da decidibilidade*¹, portanto, que é possível analisar uma das vertentes do trabalho do Direito, afeta à árdua tarefa de decidir casos concretos. A dificuldade que carrega deriva da pluralidade de técnicas à disposição do jurista, que em sua atividade tem "por tarefa interpretar textos e situações a ela referidos, tendo em vista uma finalidade prática"², não podendo, pois, escapar da sua *função interpretativa*, na qual sobressai a finalidade social, já destacada, como também "o jurista não se limita a levantar possibilidades e, em certas circunstâncias, a suspender o juízo, mas é forçado a realizar, por vezes, uma verdadeira opção decisória"³, sendo, portanto, uma *atividade normativa*. É, pois, dessas especificidades que a *decidibilidade* se situa no centro da atividade jurídica.

¹ "Note-se, inicialmente, que não falamos em objeto mas em problema. Com isto queremos dizer que, seja qual for o objeto que determinemos para a Ciência do Direito, ele envolve a questão da decidibilidade." (FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 17)

² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 4.

³ *Ibidem*, p. 5.

Tercio Sampaio Ferraz Júnior trata de três modelos⁴ pelos quais podemos encarar a questão da decidibilidade, articulando o pensamento jurídico. O primeiro, denomina de “analítico”, ao qual reconhece um certo nível de “formalismo”, refere-se à decidibilidade “como uma relação hipotética entre conflito e decisões”, explicando que neste a questão enfrentada é determinar as condições de adequação, que possibilitam as decisões para um possível conflito. Acentua que nesse modelo se parte da sistematização de regras para a obtenção de decisões possíveis. Já o segundo modelo, por sua vez, trata da “relação entre a hipótese do conflito e a hipótese de decisão, tendo em vista o seu sentido”, assim, este modelo ressalta o caráter interpretativo da atividade jurídica, chamando-o de hermenêutico. Por último, a questão da decidibilidade é encarada como a busca das condições de possibilidade estabelecida na “relação entre a hipótese de decisão e a hipótese de conflito”, para além da mera adequação formal. Elucida o autor que neste modelo o pensamento jurídico visa explicar sistematicamente o comportamento humano controlado por normas, é, pois, o modelo que nomeia empírico. Afirma, por fim, que os três modelos são inter-relacionados, constituindo este o problema da unidade da ciência do direito, e o que faz com que o jurista se depare com um espectro de teorias, cada partindo da problemática de um modelo.

A tarefa pode se simplificar, em termos de *aceitabilidade da decisão*, a partir do seu meio de solução, consequência do fato de que a decisão pode provir de lugares diferentes, basicamente, dos envolvidos ou de terceiros. Desse modo, ela pode partir de um indivíduo que *renuncia* uma determinada pretensão, ou que reconhece espontaneamente a procedência da pretensão de outrem. Ou, ainda, a decisão será fruto da *disposição* das pessoas envolvidas, uma *auto composição*, por meio de uma transação. Caso não seja essa a saída atingida, mantendo o *impasse*, para a solução do conflito, um terceiro deve assumir a *função de decidir*, atribuindo às partes o que lhe é de direito, sendo este o conhecido *meio heterogêneo de solução de conflitos*, pelo qual será, portanto, por via do Estado, pelo *juiz*, ou pela via privada, do *árbitro*, que ganha relevo prático, que se chegará à *decisão jurídica*.

Estreme de dúvidas, a *decisão judicial* sempre tende a resolver uma situação de *incerteza*, assim, nunca é tranquila a sua conclusão e nem antecipadamente conhecido qual será o nível de sua dificuldade, porém é, por

⁴ *Ibidem*, p. 19 e 20.

vezes, no meio heterogêneo onde se instalam as maiores divergências, tanto no seu curso quanto, e pior, na sua conclusão. A decisão caberá a um terceiro, colocando-se a este o problema de definir o objeto do conflito e, a partir deste fazer uma *escolha* de cunho decisório, tarefa que apresenta diversas dificuldades.

A mencionada pluralidade das técnicas jurídicas implica em um problema da unidade do método, que desafia a própria qualificação do Direito como ciência, e perturba os práticos diuturnamente. É preciso, pois, um esclarecimento, clarificar o caminho da decisão judicial, problema que se propõe a pensar.

2.2 AS PARTICULARIDADES DO DIREITO: A NECESSIDADE DA EXPLICAÇÃO DOS INSTRUMENTOS

Assentado que é a questão da *decidibilidade*, como analisado por Tercio Sampaio Ferraz Júnior, o problema peculiar da investigação jurídica cabe que sejam analisadas algumas considerações sobre o discurso jurídico para que se possa entender, de modo mais profundo, o seu problema central, de decidir conflitos.

Assim, como passo seguinte é oportuno destacar que o Direito implica primordialmente em um esforço *em direção à verdade*, logo, não é propriamente do problema da verdade de que trata em si, o qual remeteria suas análises a concluir entre o *verdadeiro* ou *falso*, a qual, no entanto, não será a sua preocupação central, porém, não sendo admitirem também que as premissas adotadas desprezem o elemento da veracidade, devendo ser lógicas, racionais e existentes, porém, nem sempre poderá ser afirmado que a *decisão judicial* reflete a *verdade*

Logo, não significa que as premissas do direito não precisem ser verdadeiras, pelo contrário, deve-se justamente exigir este *esforço*, mas reconhecendo, outrossim, que em algumas situações a conclusão deverá assentar sobre o que *pode ser* direito, enquanto possibilidade de regulamentação do comportamento, e do que pode ser decidido, ao invés do problema da verdade, tratando, portanto, de *decidir o conflito*, e sem dúvidas, de *escolhas*.

Distingue-se também o Direito em razão deste não almejar enunciados que sejam válidos independentemente da situação em que são concebidos e aplicados, como pretendem as investigações científicas que se dirigem diretamente ao problema da verdade, mas, sendo exatamente o inverso, o direito decorre da experiência atual e corrente, se modificando a todo instante, o que caracteriza os

enunciados do Direito, e a sua constante transformação. Mesmo conceitos basilares utilizados pelo Direito, como contrato, propriedade, família, não escapam dessa característica, são pensados e adequados segundo a realidade social e as particularidades e exigências de cada tempo, sofrendo notáveis mudanças históricas. Portanto, dá-se a manifesta “impotência do direito alcançar soluções cientificamente demonstradas”.⁵

Verifica-se no âmago dessas premissas o que Michel Villey identifica como o caráter *teórico* do Direito, o que significa um “olhar dirigido às coisas”⁶, quer dizer, os enunciados jurídicos são medidos a partir da sua relevância prática⁷, para solucionar questões concretas, voltadas, pois, especificamente ao problema da *decisão*.

Portanto, o direito é, sobretudo, um *saber prático* e os enunciados de suas teorias são instrumentos que podem ser mais ou menos utilizados para a obtenção de uma decisão, são *escolhas de opções decisórias*, pois.

O senso comum de juristas e a realidade jurídica que por vezes se apresenta e que também é, em certa medida, retratada aos “leigos”, por sua vez, parte de uma visão depreciativa do Direito, por ser sensível na prática, isso é, na exteriorização do fenômeno jurídico, o peso do caráter interpretativo da sua atividade, contribuindo para a formação de um imaginário acerca do Direito que o associa exclusivamente a essa característica, sobejamente, à aspectos negativos, como a *imprevisibilidade dos resultados*, a *discricionariedade do julgador*, aos quais se somam, ainda, outras dificuldades como a obscuridade da linguagem, os textos contraditórios e desatualizados, e a impossibilidade cada vez mais presente de não se identificar a solução adequada, e da ainda mais distante “solução única”.

É, de certa forma, em meio a essa concepção conturbada que a noção de Direito se estrutura hoje, não obstante seja parte de uma crítica relevante.

O contraponto está na compreensão do Direito, de se entender que é justamente sobre o solo acima descrito que este incide, e possui a sua importância, o ofício do jurista é resolver conflitos, assim, deve ser voltado “às coisas”, à realidade, e reconhecido que não se trata de algo demonstrável, mas descobrível nas *relações*, como já dito, não seria necessário o Direito se os problemas fossem

⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 280.

⁶ *Ibidem*, p. 281.

⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 90.

tão somente individuais, porém como envolvem pretensões contrapostas exige-se a existência de mecanismos de resolução, os quais não se contentarão com a definição da veracidade ou falsidade das premissas, mas devem também servir para a orientação de uma decisão. A decisão judicial será o meio para pôr fim à disputa e, em função do que acabamos de afirmar, é o *diálogo* o meio que se verifica como mais apropriado para a consecução desse mister, possibilitando a cada postulante a exposição de suas razões e, na ausência de acerto entre si, um terceiro é chamado para assumir a função de decidir, quem deverá levar em consideração os juízos expostos pelas partes, sob pena de desconfigurar o diálogo, requisito este mínimo para a aceitação da solução proferida, ou seja, “devemos ouvir cada argumento e celebrar, não deplorar, o caráter argumentativo que parece ser inerente ao Direito.”⁸

Além disso, as decisões devem, sempre, ser baseadas e extraídas a partir do Direito, servindo tal como régua para a limitação da atividade jurisdicional e para assegurar a prestação adequada de tutela à sociedade, restando a preeminente dificuldade de responder à pergunta *como se identifica o direito?*

Pondera Tercio Sampaio Ferraz Júnior que “de fato é esta identificação que estabelece o ponto de partida para a decidibilidade dos conflitos por meio da técnica do Direito”⁹, atestando, pois, a relevância deste microproblema para a grande questão da decidibilidade. A resposta deste, contudo, não é a mesma ao longo das diferentes experiências históricas, em verdade, variaram os instrumentos pelos quais o conhecimento jurídico é produzido e, conseqüentemente, como os casos são decididos.

Ressalta-se, pois, que os instrumentos à disposição dos julgadores não representam uma constante histórica, em grande medida, pois os conflitos que são submetidos à decisão também não são da mesma natureza, contudo, também é equivocado afirmar que os instrumentos do passado não são úteis para as problemáticas atuais, vez que as disputas também envolvem objetos e interesses semelhantes, modificando somente a complexidade dos atos e meios sociais, mais imbricados e correlacionados.

⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 22/23.

⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 17.

As normas, seja na forma de regras ou princípios, os institutos, cláusulas abertas e conceitos indeterminados, e toda forma de *tipo*¹⁰, integram o Direito, pois assim se exige como *ciência*, operando através de *modelos*. Miguel Reale considera que, dentre as ciências culturais, o Direito é a ciência que mais recorre à utilização de *modelos*, por esquemas ideais e classificações, possibilitando a sua normatividade, reputando lícitas ou ilícitas determinadas condutas que poderão ser identificadas nos casos particulares. Justifica que essa necessidade para o Direito decorre da certeza e segurança que este deve garantir, “o Direito não pode prescindir de elementos claramente determinados, porque sem eles haveria grandes riscos para a liberdade individual.”¹¹

No mesmo sentido Neil MacCormick assevera que “valores como a segurança e a certeza jurídica somente podem ser realizados na medida em que um Estado seja governado de acordo com regras pré-anunciadas que sejam claras e inteligíveis em si mesmas”¹², integrando um sistema jurídico, que seja caracterizado pela consistência entre essas regras e uma coerência dos princípios como um todo.

Os instrumentos se reúnem na chamada *técnica jurídica*, utilizada pelos juízes, advogados, promotores, procuradores, pareceristas, auditores na tarefa de aplicar o direito, se ocupando, sobretudo, de *questões dogmáticas*, por serem as quais fornecem as condições para uma decisão, residindo a sua preocupação inicial com a *identificação do direito*, e também com a sua *análise*, sendo importante para a prática, pois promovem uma limitação aos múltiplos conhecimentos possíveis, isolando os casos para que sejam conhecíveis sob o crivo dos institutos jurídicos permitindo a tomada da decisão jurídica. Assim, a dogmática tem como finalidade compreender os instrumentos, tratando-se, assim, da sua *função informativa*, combinando-se também com sua *função diretiva*¹³, isso é, de delinear o uso dos instrumentos, em busca da *resposta*.

O plano dogmático do pensamento jurídico, nessa medida, é o que fornece os instrumentos para o jurista identificar o direito e aplicá-lo ao caso concreto, razão

¹⁰ “Os tipos são formas de ordenação da realidade em estruturas ou esquemas, representativos do que há de essencial entre os elementos de uma série de fatos ou de entes que nos interessa conhecer” (REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57)

¹¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 57.

¹² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 17.

¹³ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. I.

a qual, como acentua Luiz Fernando Coelho, a “dimensão dogmática tem por pressuposto a aceitação da normatividade das fontes do direito”¹⁴, essas enumeradas pela teoria tradicional como sendo a legislação, o direito costumeiro e a jurisprudência. Dessa forma, impõe-se salientar que o pensamento enquanto *dogmático* se volta para a explicação das *formas de expressão do direito*, indicadas nas “fontes” mencionadas.

Analizado o direito sobre este enfoque significa que é nos marcos da ordem vigente que o jurista poderá compreender e realizar a sua aplicação, explorando as diferentes combinações permitidas pela ordem, que serve, pois, como uma limitação para a determinação das soluções jurídicas¹⁵.

Segundo Tercio Sampaio Ferraz Júnior, “o enfoque dogmático preocupa-se em possibilitar uma decisão e orientar a ação.”¹⁶, ela “delimita as possibilidades abertas pela questão da decidibilidade, possibilitando certo ‘fechamento’ no critério de combinação dos modelos”¹⁷, Neil MacCormick acrescenta que essa moldura é capaz de proporcionar “razoável previsibilidade na vida das pessoas e razoável proteção contra intervenções arbitrárias tanto de agentes públicos como de cidadãos privados.”¹⁸

Trata-se, assim, de estreitar as possibilidades de decisão para padrões que sejam juridicamente aceitáveis, o que contribui para a segurança das partes e a aceitabilidade da decisão. Segue-se, logo, à questão da definição dos *meios* de investigação do direito, reconhecendo os caminhos que levam para a solução jurídica e buscando um critério, uma premissa para a construção do pensamento jurídico.

Nesse sentido, verifica-se que para além das questões dogmáticas, as questões jurídicas também são integradas pelas *questões zetéticas*, essas referem-se aos juízos de dúvidas, mesmo das premissas que permitem a organização do sistema e de seus enunciados, questionam os “dogmas” submetendo-os a um processo “mediante o qual se exige uma fundamentação e uma justificação delas,

¹⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 46.

¹⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, pág. 48.

¹⁶ *Ibidem*, p. 41.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 46.

¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 18.

procurando-se, por meio do estabelecimento de novas conexões, facilitar a orientação da ação”¹⁹, pois, em seu íntimo, prestam-se a questionar a legitimidade das opiniões estruturantes.

Assim, o conhecimento jurídico não se exaure no seu conteúdo dogmático, das formas que revestem o direito, envolvendo também “os fatos definidos nas expressões normativas e os valores que neles incidem”²⁰, ou seja, no reconhecimento de fatos e valores contidos nas normas jurídicas, e que simultaneamente as definem. Logo, “o plano zetético do conhecimento jurídico elabora uma teoria do direito vinculada, não às suas formas de expressão, mas às situações sociais que constituem objeto da normação”²¹, adentrando na verdadeira problematização dos instrumentos e das soluções.

É importante ressaltar que entre essas questões não há uma separação radical, pelo contrário, há uma correlação funcional, elas se complementam mutuamente, porém, nem sempre com medidas equânimes. Assim, a base jurídica também é demarcada pelo grau de importância que se atribui a cada grupo de questões, *dogmáticas* ou *zetéticas*, denotando o pensamento jurídico, por exemplo, o normativismo kelseniano que maximiza ao extremo a dogmática, em detrimento às questões zetéticas, ou, de outro lado, a verificada redução das questões dogmáticas às zetéticas como propõem os sociologismos jurídicos mais radicais.²²

Portanto, entre *técnica* e *ciência* não há uma separação estanque, pelo contrário, essas caminham juntas. Especialmente no plano do Direito, *prática* e *teoria* são como duas faces de uma mesma moeda, funcionalizando e conferindo aplicabilidade ao conhecimento jurídico, confirmando, pois, a *correlação funcional* suscitada por Tercio Sampaio Ferraz Júnior e que também é igualmente anotada por Luiz Fernando Coelho, que considera em plena lucidez: “as fronteiras entre a ciência e a técnica são muito tênues, pois toda atividade prática definida como técnica se apoia num conjunto de princípios definidos como ciência, e toda ciência desemboca numa técnica, em algo útil para o homem.”²³

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio, *op. cit.*, p. 90.

²⁰ COELHO, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 52.

²¹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 53.

²² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 91.

²³ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 38.

Segue, pois, a dificuldade de firmar a realidade jurídica sobre o liame entre as duas, evitando que o Direito caia em um dos seus extremos, ambos desastrosas a sua efetividade, seja por um *cientificismo* exacerbado que desloca os fundamentos jurídicos da sua base social, por conseguinte, perdendo de vista a própria utilidade do Direito, como, inclusive, já foi a característica em determinado momento histórico que nos remeteremos abaixo²⁴, seja, de outro lado, por uma acentuação dos seus aspectos *técnicos*, sendo, assim, o Direito investido por um *espírito tecnicista*, deveras sintomático em alguns movimentos que se verificam no momento atual.

O *tecnicismo* consiste em reduzir o Direito à mera *técnica*, subordinando-o ao critério da *eficiência*. Com isso a decisão jurídica não é voltada para afirmar o efetivo direito, mas para fazer prevalecer uma certa concreção acerca do que é entendido como sendo mais eficiente para atender determinado interesse pressuposto. Assim, os instrumentos e meios do Direito não são utilizados para dar efetividade a este em benefício do povo, mas para julgar conforme os resultados visados, em termos práticos significa que caso atendam ao interesse daquela situação momentânea os instrumentos serão aplicados, conforme a estrutura teórica, caso contrário são preteridos em face de outros. É deveras preocupante e, assim, deve ser cuidado com atenção, por ser estimulado por aqueles que anseiam pela eficiência mesmo sobre os aspectos científicos que dão unidade ao Direito.

Michel Villey já adverte da qualidade do jurista contemporâneo afirmando que é “um técnico que se presta a todos os serviços. (...) A questão dos fins é eliminada.”²⁵, interessam apenas os meios e a eficácia, é tornar o Direito um carro desgovernado que desce ladeira abaixo transportando toda a população.

Desse modo, reduzir a instrumentalidade das leis, das decisões, dos *meios* do Direito a sua funcionalidade, quer dizer, utilizar dos instrumentos jurídicos tão somente para conduzir à solução que se reputa mais eficaz é algo extremamente perigoso para a segurança dos cidadãos, pois submete a investigação do direito e a prolação da decisão jurídica à pura discricionariedade da *escolha dos instrumentos*, ora optando pela lei, ora pela jurisprudência, seja em nível de uma decisão particular ou uma súmula, mesmo na doutrina, de acordo com a solução que se queira dar

²⁴ Cf. Capítulo 3.2

²⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 190.

efetividade, deslegitimando, no caso, o Poder Judiciário e, ainda, tornando o Direito não mais que um catálogo imprevisível de meios.

A ilação, dessa forma, é que os instrumentos, para serem convincentes à realidade prática, precisam ser adequadamente conhecidos e compreendidos por seus operadores, para que, assim possam ser utilizados conscientemente conforme as suas aptidões. Michel Villey enaltece que:

uma ‘metodologia’ do direito deveria explicar a maneira de usá-los. Conviria ensinar ao juiz em que medida seguir a lei, e em qual caso desconsiderá-la; qual sua função, e seu grau de autoridade. Quanto a esse ponto, os manuais são mais ou menos mudos. O remédio nos é fornecido sem *bula*, o que pode torná-lo nocivo.²⁶

É claro que a legitimidade de um determinado instrumento, os textos legais, por exemplo, ou os costumes, dependem da forma como são utilizados nos julgamentos dos casos concretos, principalmente, se racionalmente estruturados em *raciocínios jurídicos* e coerentes com a ordem jurídica.

Dessa forma, como mencionado por Michel Villey, exsurge a necessidade de *explicação* quanto ao uso dos instrumentos, as pretensas “fontes do direito”, a qual transita pelo entendimento dos seus respectivos sentidos, trata-se, assim, de conhecer suas origens e significados, capacitando o jurista a discernir normas²⁷, de acordo com sua autoridade e função, de modo a permitir sua adequada interpretação e aplicação aos casos particulares.

Portanto, sendo tais compreensões e explicações relevantes não somente para o conhecimento teórico do Direito, como também no âmbito da sua realização prática, verifica-se que os *argumentos* apresentados pelos juristas no exercício da sua atividade possuem uma importância primeira para os resultados jurídicos que serão produzidos. No âmago, se identifica o pressuposto de que o “Direito é uma disciplina argumentativa”²⁸, como considerado por Neil MacCormick, e defendido também por outros, afirmando este autor, acerca desta característica, que “não menos antigo que o reconhecimento do Estado de Direito como ideal político é o reconhecimento do Direito como o campo de argumentação, um ambiente em que a

²⁶ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 223.

²⁷ *Ibidem*, p. 226.

²⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 19.

retórica se desenvolve com toda a sua elegante e persuasiva, mas às vezes também dúbia, arte.”²⁹

Desse modo, o *caráter argumentativo* do Direito, embora não seja indene de críticas e preocupações em relação a sua incidência, o que se procura investigar, revela-se de forma inerente ao mundo jurídico, principalmente, na medida que “o ofício do juiz consiste em arbitrar entre os interesses dos pleiteantes, não em ordenar meios e pô-los a serviço de um objetivo predeterminado; ele deve escolher *entre* objetivos”³⁰, evocando precisamente uma análise e premissas e de argumentos, pois, como afere Neil MacCormick: “o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre, conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva.”³¹

Desse modo, a leitura do Direito que deve ser levada a cabo pelo juristas implica num constante esforço de equilibrar *ciência* e *técnica*, isso é, nem desprezar os tão importantes *fins* do Direito, realizados por meio das decisões jurídicas, em troca de uma ciência pura que nada serve às pessoas, nem colocar em pedestal de ouro as consequências da decisão, perdendo, por efeito, a visão de todo o conflito que subsiste e da principal função do jurista de resolvê-los, aplicando o direito de forma igual.

Para tanto é preciso que não se perca o sentido do Direito, assim, se enseja não uma simples análise das teorias jurídicas que, paulatinamente, constituíram a “ciência dogmática do Direito”, mas uma investigação teórica e crítica sobre os próprios fundamentos da ciência do direito em suas variadas particularidades.

Da mesma inteligência comunga Chaim Perelman, que deste entendimento parte para uma análise profunda acerca da “Lógica Jurídica”, disciplina esta que o autor designa como a responsável pelo exame do *raciocínio jurídico*, a qual está ligada diretamente a nossa noção de direito. Assim, afirma que: “Por essa razão, uma reflexão sobre a evolução do direito para ser uma preliminar indispensável ao

²⁹ MACCORMICK, Neil. *loc. cit.*

³⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 228.

³¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 21.

exame das técnicas de raciocínio próprias desta disciplina que os juristas qualificam tradicionalmente de lógica jurídica.”³²

Mais ainda, como assevera Neil MacCormick: “é essencial tanto para elaborar como para avaliar argumentos jurídicos de qualidade, conhecer e, mais ainda, estar intimamente familiarizado com um grande corpo de conhecimento jurídico.”³³ Desse modo, *conhecer* se torna essencial para o esclarecimento acerca do *raciocínio jurídico*, seja pelo emprego da *argumentação*, seja dos outros caminhos que se estabeleceram historicamente, o que impele necessariamente a uma reflexão sobre os fundamentos filosóficos presentes no Direito.

2.3 DO RECURSO À FILOSOFIA COMO A BUSCA PELO CONHECIMENTO PRIMEIRO: ANUNCIAÇÃO ÀS FONTES DO DIREITO

A decisão judicial não surge *do nada*, “em uma discussão jurídica, ninguém começa a partir de uma folha em branco e tenta alcançar uma conclusão razoável *a priori*”³⁴, ela deriva de uma certa ordem de instrumentos que são disponibilizados aos juristas, destinadas à construção da *solução jurídica* mais adequada, contudo, esse conjunto é de proveito reduzido se não aliado ao conhecimento das suas *explicações*, isso é, sem o entendimento do seu significado e importância, o que se verifica na série de decisões desordenadas e confusas da prática judiciária. A pergunta propugnada por Michel Villey é propícia e reveladora de tal aferição: “se perguntarmos, em primeiro lugar, de que fontes depende nossa ciência do direito, quem saberá responder?”³⁵.

As verdadeiras fontes primeiras do conhecimento jurídico, portanto, representam um conhecimento que se coloca necessário ao jurista que pretende executar em plenitude a sua tarefa, por indicarem, para além da dogmática, que é de última importância, porém, por outro lado, certamente insuficiente como *meio de*

³² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 7.

³³ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 20.

³⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 31.

³⁵ *Ibidem*, p. 11.

investigação do direito, a direção para que se chegue à *resposta jurídica*, questão a qual se destina o Direito.

Importa, sobremaneira, que o jurista saiba sobre a *forma* utilizada na *identificação* do direito e o *meio* de seu conhecimento, resumindo-se, assim a entender o lugar onde será colocada a decisão judicial, em termos teóricos.

Não há dúvidas de que se trata de análise da maior dificuldade, uma vez que se refere a explicação que sempre fora visada ao longo da história, variando no seu decorrer, de maneira que “os modos de abordar o direito estão em incessante mutação”³⁶, o que acresce para a indefinição acerca da resposta sobre a *fonte de produção do conhecimento jurídico* e, conseqüentemente, da execução da tarefa de *aplicar o direito*. De modo que faz Tercio Sampaio Ferraz Júnior considerar que “o desenvolvimento do saber jurídico, contudo, não é linear. Nas diferentes culturas, ele se faz na forma de progressos e recuos”³⁷, afirmando, pois, que a cultura *teoriza* o direito, diferenciando o seu saber. É justamente a compreensão que deve ser visada pelo teórico, necessária para o seu trabalho.

Michel Villey analisa que a nota mais visível é a “total falta de unidade” da literatura, caracterizando-a como um “magma de teorias contraditórias”³⁸, reflexo tanto da sua crítica acerca do *desconhecimento das fontes*, e as opiniões contraditórias decorrentes, como da diversidade de *métodos*, destacando da incerteza que impera neste campo, “os procedimentos que os juízes seguem para chegar à sentença são muito diferentes conforme o país, como mostram os comparatistas, ou de um setor do direito a outro.”³⁹

Explica que no início do século XX se lecionava com base em *códigos* e *leis*, acreditando-se que as soluções particulares seriam extraídas dessas, por meio de “subsunções”, em seguida, elucida que a jurisprudência ganhou relevo, as pretensas “*fontes*” do direito se tornaram as sentenças e as leis, e o estudo dessa matéria que cumpriria ao jurista, desvelando o seu conhecimento. Por fim, a entrada da *sociologia* mudou os “cursos jurídicos”, passando-se a apreender os *costumes* e *hábitos* como institutos para a regulação dos direitos. Resume, em suma, que

³⁶ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, pág. 11.

³⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 55.

³⁸ VILLEY, Michel, *op. cit.*, pág. 226.

³⁹ *Ibidem*, pág. 12.

independente do procedimento seguido, o jurista sempre se furta de buscar a compreensão acerca do “*por que*” da fonte apontada, não reconhecendo, por efeito, a verdadeira importância da lei, o lugar da jurisprudência, e o espaço da sociologia no Direito, e de quanto valem cada uma dessas⁴⁰.

É essa a noção que, por vezes, faz falta ao jurista no momento de compreender o direito para que possa efetivamente aplicá-lo, costumam simplificar a análise jurídica à escolha dos instrumentos, assim, julgando em termos superficiais, por ser necessário para a integridade da decisão judicial o alinhamento a um fundamento de estruturação, a uma “fonte primeira de direito”, a qual fixa a espinha dorsal da ordem jurídica, pressuposta, pois, a toda solução jurídica.

É necessário diferenciar, pois, as “fontes do direito”, *resultados* das invenções, elaborações dos juristas e legisladores, como as leis, os textos, as interpretações, os enunciados normativos, os precedentes, a jurisprudência, as cláusulas abertas, que mais são *formas de expressão do Direito*, assim, sendo *instrumentos da decisão judicial*. Enquanto que as verdadeiras e primeiras fontes do direito, as *origens* dos textos e decisões, permitindo o seu questionamento e a apreensão da sua utilização estão situadas em outro plano, sobretudo, *teórico e filosófico*.

Nessa empreitada, de profundo conhecimento sobre o *que é* o Direito, cujo sucesso prático, obviamente, depende tanto de um acordo sobre o fundamento adotado, o qual, com efeito, não poderá ser vislumbrado sem que minimamente seja precisado o que se entende acerca do seu conteúdo. É, portanto, um problema prévio a qualquer *lógica* ou *sociologia do direito*, que, portanto, não será resolvido por esses, porém sendo essencial para que a decisão, que visa resolver os conflitos sociais, seja acolhida enquanto jurídica.

Por isso, para superar esses empecilhos que a filosofia se coloca ao auxílio do jurista, sendo impossível não se remeter a esta para a busca da consistência do Direito, sendo onde devemos buscar a sua homogeneidade, por ser a qual fornece os princípios mais ocultos de onde provém o pensamento jurídico, “toda e qualquer solução de problema envolve uma decisão metacientífica, cujas raízes filosóficas

⁴⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 11 e 12.

não se escondem”⁴¹, cujo reconhecimento deve ser claro para que as pessoas não sejam conduzidas para caminhos distintos, de outro modo, também, para que esses não sejam ignorados.

Assim, verifica-se a imprescindibilidade desta, dado que *toda ciência é incompleta*, no sentido de que não se sustenta autonomamente, dependendo de seus pressupostos, axiomas, princípios e noções fundamentais, que decorrem de algo de fora, e que precisam ser conhecidos em maior medida possível a fim de que seja possível compreender a particularidade da ciência e de cada teoria que a forma. No Direito, seja do positivismo, naturalismo, realismo, é da tentativa de se compreender a *fonte* do conhecimento ou do discurso jurídico que será possível explorar em sã consciência e liberalidade os fundamentos dos direitos, ajustando-os a sua finalidade.

A Filosofia do Direito é destacada, pois, por Michel Villey sob a seguinte constatação:

Cabe-lhe determinar o domínio do direito relativamente à moral, à política e à economia; definir o direito (*quid jus*), o fim da atividade jurídica. Deve também discernir as fontes específicas do direito, e a especificidade do método da ciência jurídica com relação a outras fontes e métodos.⁴²

Contudo, o que se verifica é a resistência a essa, por sermos vítimas de uma separação de filosofia e ciência, proposta pelo positivismo jurídico normativista, na qual se excluem das preocupações jurídicas as questões atinentes às fontes, da origem dos princípios, axiomas, conceitos e institutos utilizados. A consequência de tal concepção fez com que a ciência do Direito perdesse o contato com aquilo que a suporta, seu fundamento, logo tornando-se algo inteligível, formada por pretensos cientistas incapazes de enxergar a própria base filosófica que os envereda.

No senso comum dos juristas isso é sentido pela postura avessa aos conhecimentos teóricos e filosóficos, valorizando, em seu detrimento, os saberes práticos, organizando o discurso tão somente à luz de uma dogmática equivalente à prática, principalmente em prol da eficiência, porém sem a necessária estrutura teórico-filosófica que a esclarece e justifica, permitindo o seu entendimento mútuo.

⁴¹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **A ciência do direito**. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980, p. 5.

⁴² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 30.

Prevalece, assim, a “magma de teorias contraditórias” citada por Michel Villey, em uma mentalidade sobretudo legalista, sem um adequado entendimento de como operar o Direito. A estrutura subjacente da filosofia que sustenta o Direito é olvidada, refletindo na qualidade das análises jurídicas.

Desse modo, se recorre à filosofia que permite discernir “as fontes específicas do direito, e a especificidade do método da ciência jurídica com relação a outras fontes e métodos”⁴³, por ser na “intersecção entre a filosofia e o direito que serão descobertas as raízes e a explicação de nossas principais metodologias”⁴⁴ fazendo-se primordial que as *fontes do direito* sejam desveladas e compreendidas para a elucidação do caminho do *raciocínio jurídico*.

⁴³ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 30.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 239.

3 ANÁLISE DAS FONTES DO DIREITO

3.1 SOBRE AS FONTES DO DIREITO: FONTE IDEAL E FATUAL

A proeminência da análise de Michel Villey foi considerar a formação da nossa educação filosófica, recebida dos nossos antepassados, como René Descartes e o seu pensamento de divisão do mundo em duas categorias de “substâncias”, uma de “matéria inerte” e outra de “espírito”, também com destaque para a influência de Immanuel Kant quem, por sua vez, operou o corte entre o *dever-ser*, o ideal, procedente da nossa Razão, e os fenômenos estudados pela ciência. De modo com que Hans Kelsen, nessa esteira, traz como clássica a separação entre *dever-ser* e *ser*⁴⁵, assim, incorporando os preceitos filosóficos propostos por Kant ao Direito, contribuindo, sobejamente, para a estrutura jurídica de maior relevo até os dias de hoje.

É dessa tomada de consciência que Michel Villey assenta que ao longo da história do direito existem duas fontes do pensamento jurídico, afirmando que “não há discurso verdadeiro que: não se refira a alguma coisa de real e não pressuponha a inteligência de uma realidade.”⁴⁶

Revigora, assim, importante premissa para o estudo das *fontes* do direito por se imiscuir na verdadeira origem da produção do conhecimento jurídico, e, de fato, do lugar que são extraídos os fundamentos para as decisões dos casos concretos, assim, é de se dizer que o Direito, aplicado ao caso concreto, é derivado de uma dessas regiões, ou de uma fonte do real, isso é, das verificações em concreto, ou seja, da própria realidade, ou podem ser cogitadas a partir de alguma inteligência, nessa medida, por uma fonte que se insere na capacidade intelectual dos seres humanos, de sistematizarem e apreenderem racionalmente seus objetos, prescrevendo um *dever-ser*.

Porém, é necessário frisar que mesmo o filósofo francês adverte que a possibilidade de fixar o direito em outro paradigma é possível, contudo como parte sobretudo da análise histórica da estrutura jurídica afirma que:

⁴⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 297.

⁴⁶ VILLEY, Michel, *loc. cit.*

A educação filosófica que recebemos obriga-nos a situar as "fontes do direito" numa ou noutra destas regiões. Ou o direito deriva da *Razão*, que nos prescreve um dever-ser, ou nós o induzimos dos *fatos* tais como são. Não que uma composição seja impensável entre essas duas espécies de princípios. Mas, para que a doutrina não fique capenga, um ou outro prevalecerá.⁴⁷

Assim, sendo o direito extraído de uma dessas, seja da *Razão* seja dos *Fatos*, o que corriqueiramente se indefine nas decisões judiciais, sem querer incorrer a generalismos, que são imprecisos, situa-se em um desses lados os raciocínios acolhidos, usualmente, nessa forma, como monólogo. O que não pode ser negado, no entanto, é que na história, o Direito oscila entre essas fontes, caindo de um extremo ao outro, o que deixa seu legado para a sua formação contemporânea.

Significa, pois, que as decisões judiciais partem dessa duplicidade, ora identificando e por efeito proferindo a resposta em decorrência da *Razão*, das prescrições que o racionalismo estabelece, contemplada, neste caso, por Michel Villey como a denominada *fonte ideal*, ou irão depender predominantemente dos *Fatos* e da sua apreensão, ou seja, desses os juristas induzirão à conclusão de direito, procedimento este apontado pelo autor como derivado da *fonte fatural*.

Imperioso esclarecer que embora a questão seja comumente posta nos variados "cursos" disseminados no ensino jurídico, o problema das fontes ali colocado limita-se à questão dogmática da análise jurídica, tratando, portanto, dos instrumentos da decisão, das *formas de expressão do Direito*, com as funções já mencionadas no capítulo anterior, enquanto que as *fontes* agora referidas dizem respeito à própria epistemologia do Direito, anterior, logicamente, à *decisão judicial*, de seu *método* e *raciocínio*, embora embrulhados em mesmo instante.

Em sentido similar destaca Paulo Dourado de Gusmão que o Direito possui fontes materiais e fontes formais, asseverando que é comum a sua confusão, embora sejam muito diferentes, elucidando que: "no sentido próprio de fontes, as únicas fontes do direito são as materiais, pois fonte, como metáfora, significa de onde o direito provém."⁴⁸, especificando que as chamadas fontes materiais são as que dão o conteúdo das normas jurídicas, diferentemente das fontes formais, que dão as formas de que se revestem as primeiras, como as leis, os costumes.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 298.

⁴⁸ GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 96.

Do mesmo modo também é possível verificar que Norberto Bobbio destaca a importância das fontes do direito ao afirmar que este é o problema que estabelece, em determinado ordenamento jurídico, a pertinência das normas, da sua produção e validade, conceituando, expressamente, que “são fontes do direito aqueles fatos ou aqueles atos aos quais um determinado ordenamento jurídico atribui a competência ou a capacidade de produzir normas jurídicas”⁴⁹, entendendo por “fatos” a *competência*, e em relação aos “atos” a *capacidade*.

Assim, se percebe que o problema do tema das fontes do direito é visado sob a mesma importância da destacada por Norberto Bobbio, por se tratar da matéria que permite identificar e distinguir o jurídico do não jurídico, o que, estreme de dúvidas, será importante no momento que se busca decidir qualquer conflito sob o crivo do Direito. No entanto, no tratamento ora exposto alargamos o sentido da conceituação dada por Bobbio, quem, evidentemente, trabalha o tema a partir da doutrina juspositivista, e, como consequência, dá mais atenção aos aspecto *formal*, do que ao *material*, facilitando o esquecimento das *origens das “fontes”*, isso é, dos pressupostos filosóficos, sociais e políticos que presidem as fontes formais, cuja consciência é importante para a sua aplicação e identificação de seu fundamento, e, por conseguinte, de seu espaço e abrangência.

Importante ressaltar que essa diferença não é esquecida pelo autor italiano, mas, em verdade, é determinadamente desfavorecida, pois embora sejam tratadas como “*fontes de conhecimento jurídico*”⁵⁰, são colocadas em plano hierárquico de subordinação em relação ao grau supremo, a Lei, “a fonte que se encontra no plano hierárquico mais alto, é a lei, visto que ela é a manifestação direta do poder soberano do Estado e que os outros fatos ou atos produtores de normas são apenas fontes subordinadas.”⁵¹

Desse modo, preferindo partir de um referencial um tanto diferente, pois, voltados aos pressupostos filosóficos, atribuímos como *fatos* e *atos* que produzem as normas jurídicas, na primeira, a própria realidade, no empirismo, e quanto ao segundo, verificado o ato humano, assim, a sua capacidade racional.

⁴⁹ BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues, p. 161.

⁵⁰ *Ibidem*, p. 166.

⁵¹ *Ibidem*, p. 164.

Assim, o que importa para a análise em questão é a busca pelas raízes do ato de conhecer pelos sujeitos, assim, como em função destes o jurídico é percebido, visando, pois, identificar como o sujeito conhece o direito, ou seja, desvelando o problema relativo às bases do conhecimento jurídico, o que já trata de interesse do homem da modernidade, que “antes de filosofar sobre a natureza ou sobre o ser, indagou das possibilidades de seu próprio pensamento.”⁵²

Assim, explicita Miguel Reale acerca de tal temática as perguntas que essa propõe, “entre os problemas propostos pela Gnoseologia, temos o concernente à origem do conhecimento. Quais as fontes de onde promana? Onde o homem vai buscar os elementos de seu conhecimento? Quais os elementos que contribuem a formá-lo e em que medida?”⁵³

Como já dito anteriormente, ambas as fontes são consequências de uma herança, com forte marca filosófica, que já fora impregnada no inconsciente dos juristas e diluída nas teorias jurídicas, de modo que sem uma análise cuidadosa dificilmente poderão ser percebidas. Se apresentam, pois, como um pano de fundo, já assumidos e reiterados sem necessidade de declaração expressa, e, por esse motivo, passando escondidas as suas implicações. Tratamos, assim, de princípios que são incorporados passivamente, o que conduz a necessidade de dar luz a esses, rompendo o seu velamento.

O pensamento opera de forma a praticar a redução dos problemas a juízos mais simples, os quais permitem a associação entre os seus elementos, integrando-os e formando proposições coerentes, indispensáveis para qualquer solução. Dessa forma, todo juízo remete a um fundamento da estrutura do conhecimento, a base sobre o qual esse extrai a sua certeza ou evidência, consubstanciando-o como algo crível ao seu enunciador.

Tradicionalmente, as linhas da origem do conhecimento são verificadas nas posições do *racionalismo* ou do *empirismo*, ambas se traduzindo para o Direito de forma peculiar, na forma já mencionada da *fonte ideal*, no caso da primeira, e na *fonte fatural*, quando adotada a segunda corrente a respeito do conhecimento quanto a sua origem.

⁵² REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 46.

⁵³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 87.

O *racionalismo* é a corrente que relaciona o conhecimento com a capacidade racional dos indivíduos, atribuindo, assim, à razão o papel de maior relevância na tarefa e busca pelo conhecimento.

Trata a razão como inerente ao pensamento humano, sendo o canal para o conhecimento e construção dos saberes, através da redução das investigações sobre o real a noções cada vez mais simples e evidentes.

Desse modo, não é acertado afirmar que o racionalismo desconsidera a importância dos fatos para a produção do conhecimento, pois assenta que o ato de conhecer se dá sobre o real, de maneira que esse tem relevância para o desenvolvimento do conhecimento, sendo fonte, embora, para esses, não exclusiva, e, além disso, insuficiente para dar conta de todo o conhecimento.

Assim, por mais que os fatos possam ser utilizados para a tarefa de conhecer, a abrangência desses é sempre limitada, pois depende do intelecto humano para a apreensão da realidade e a criação de verdades.

Para os racionalistas a inteligência subordina os elementos empíricos, captando a sua essência, em seus significados e formas universais, extraíndo-os e operando a sua tradução para *conceitos*. Assim, à vista dos fatos particulares por meio da razão que os conceitos são construídos.

O intelecto tem o papel de coordenar o real, possibilitando a criação dos conceitos sobre esse, a partir das imagens, dos dados, dos elementos sensoriais, das apreensões realizadas a partir do real, selecionando-os e elevando-os ao “plano da pura validade racional, através de um processo de generalização e de abstração.”⁵⁴

O racionalismo, portanto, concebe a realidade como objeto do racional, lida pelo intelecto humano e dessa extrai os conceitos, que revelam, da contingência, seus elementos, traduzidos em verdades universais, adequando entendimento e realidade, no que esta tem de essencial.

Assim, para esses, a razão tem o grande papel de permitir um saber completo, refletido a partir de evidências e simplicidades, estabelecendo a universalidade e certeza para o conhecimento humano, o que, ainda, tem a pretensão de ser algo comum e, conseqüentemente, acessível a todo espírito pensante.

⁵⁴ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 96.

Miguel Reale destaca que são vários os autores do Direito, sejam antigos ou modernos, que se aliam ao *racionalismo*, aduzindo que o direito empírico, baseado nas experiências e em casos particulares e concretos, é acompanhado de um Direito Ideal, um Direito Racional, ou um Direito Natural, que oferece os ditames para que se afirme a validade ou obrigatoriedade das regras jurídicas positivas.⁵⁵

Aprofunda o autor explicando que em termos de *Direito Natural* há uma divisão, entre aqueles que afirmam que este é inerente à razão, como conjunto de “princípios inatos” em todos os homens, e, de outro lado, os que refutam essa ideia, defendendo a figura dos “princípios universais”, elaborados pela razão a partir do desdobramento da experiência, e sua elevação ao universal.

Assim, baseiam-se, sobretudo, em um direito ligado à natureza do homem, sendo expressão da sua racionalidade, e distinguindo-o do *direito empírico*, caracterizado pela imposição das regras costumeiras, por característica mutável, segundo cada lugar e época.

Destarte, nessa concepção do Direito da época da Antiguidade, estabelece-se uma relação entre esses dois planos, pois sobre o segundo mencionado existiria um *plano ideal*, formado por valores jurídicos deduzidos das inclinações naturais e racionais do homem em sua universalidade, capaz de ser determinado pelos indivíduos a partir de seu intelecto e, inclusive, podendo ser congelado em Leis, textos positivos, cuja legitimidade não será do arbítrio ou da convenção, mas da natureza.

De outro lado, o *empirismo* se caracteriza pelos pensamentos de que a única e fundamental origem do conhecimento provém da experiência, compartilhando adeptos através dos tempos, muito embora com manifestações nem sempre homogêneas, revelando-se, nos últimos tempos, com maior relevância, a identificação de que o direito é antes de tudo “fato social”, “realidade psicológica e social em perene transformação, de modo que as normas não subsistem, nem são possíveis, sem a realidade de que resultam como conclusões necessárias que se impõem a todos”⁵⁶.

Nesse sentido, defendem os empiristas não só que o conhecimento deriva unicamente da experiência, pois é essa que fornece os elementos para o

⁵⁵ *Ibidem*, p. 97.

⁵⁶ REALE, Miguel. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 102.

conhecimento do *real*, como também acreditam que essa é haurida dos fatos, metodicamente observados, onde encontra a sua validade.

Assim, para os empiristas, como assim também será para os que adotarem as *fontes fatuais*, pois comungam da mesma base, a identificação do conhecimento se dará de forma *a posteriori*, isto é, posteriormente, à experiência, aos fatos, sobre os quais assumiram as premissas de seus julgamentos, no caso do Direito.

É dizer, portanto, que para esses terão maior relevância no momento da análise jurídica os acontecimentos constatados, por terem como motriz de pensamento que o direito brota do fato, dando, assim, mais atenção à *verificação* de desigualdades, as relações de poder, detalhes fáticos, situações econômicas e sociais dos envolvidos, dos quais, por indução, assentarão a solução jurídica mais adequada.

É, portanto, das fontes empíricos que se reduzirá o direito, pois, “os empiristas sustentam que o direito é um fato que se liga a outros fatos através de nexos de causalidade.”⁵⁷, que por meio dos seus laços necessários se chega à regra jurídica, não de uma criação da mente.

Em síntese, Miguel Reale anuncia a diferença entre as duas fontes do conhecimento da seguinte forma: “se o empirismo, desde o início, se orienta no sentido do *fato fundante*, onde a razão possa buscar a validade de suas inferências, o racionalismo se preocupa com a *ideia fundante* que a razão por si mesma logre atingir.”⁵⁸

Arrematando sua explanação assevera que em relação aos empiristas não há espaço para discussão sobre o Direito Natural, por negarem a sua existência, para esses, o Direito se resume ao positivo, por depender unicamente dos fatos, não ultrapassando o limite do real. Enquanto que para os racionalistas, que admitem um Direito Ideal, Racional ou Natural, como constante derivada da própria natureza humana, permanece a divergência quanto a sua relação com o Direito Positivo, também reconhecido, assim, se o primeiro está “ao lado” ou “acima” deste.

Ainda, é de importante análise traçar a relação das fontes do direito, aqui entendidas como as fontes do conhecimento jurídico, com a hermenêutica jurídica, que compreende “desde o estudo das fontes, como caracterização daquilo que é

⁵⁷ *Idem*, **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 92.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 95.

juridicamente normativo na comunidade, até os problemas da aplicação da norma jurídica, passando pela interpretação e integração”⁵⁹, vez que ambas incidem sobre a atividade do conhecimento, de forma que as fontes penetram no campo da hermenêutica.

De fato, a hermenêutica preocupando-se com o “estudo e a sistematização dos processos aplicáveis para a determinar o sentido e o alcance das expressões do Direito”⁶⁰ é submissa a uma determinada fonte do direito, que a ampara e, deste modo, é por meio destas que se permite a sua identificação, e, em larga medida, a compreensão do ato decisional derivado.

Nesse sentido, nas tentativas de explicar e ordenar os métodos hermenêuticos vários autores organizaram esse campo em “escolas hermenêuticas”⁶¹, ressaltando em cada determinado aspecto que diferencia as abordagens frente à norma jurídica. Das diversas classificações Luiz Fernando Coelho ressaltava que essas, na verdade, são reflexos de um “dualismo metodológico, segundo a prevalência da atitude racionalista ou empirista em face do fenômeno jurídico, o que repercute em atitudes opostas quanto à norma jurídica”⁶², assim, reconhecendo que cada fonte influencia de modo distinto a forma de se conceber o Direito.

A partir dessa constatação Luiz Fernando Coelho ainda trata de explicar a diferença entre cada fonte à luz do tratamento hermenêutico, primeiramente destacando os efeitos da fonte racional, também chamada de ideal, e, depois, da associação do direito aos fatos, pela fonte fatural, assim:

⁵⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 177.

⁶⁰ MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011, p. 1.

⁶¹ João Baptista Herkenhoff explicita as seguintes classificações das escolas hermenêuticas segundo renomados autores: 1) Carlos Maximiliano, com referência na vontade do legislador, verifica os seguintes grupos: a) sistema tradicional, de acordo com a vontade pretérita do legislador; b) sistema evolutivo, de acordo com o espírito da comunidade; c) sistema misto, a busca pela intenção atual do legislador; 2) Luiz Fernando Coelho, e sua divisão na escola dogmática e zetética de interpretação; 3) Limongi França, por sua vez, divide em três grupo, a) dogmático-exegético; b) histórico-evolutivo; c) livre pesquisa ou livre criação do Direito; 4) Carlos Campo vê a tendência da hermenêutica tradicional e o movimento doutrinário da pesquisa livre. Por fim, a classificação do autor toma como base a vinculação à lei, dividindo em: a) escolas de estrito legalismo ou dogmatismo; b) escolas de reação ao estrito legalismo ou dogmatismo; c) escolas que se abrem a uma interpretação mais livre. (HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 21 e 22)

⁶² COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 192.

de um lado, a ideia de que o direito encerra certos princípios de validade apriorística a serem preservados, cabendo ao intérprete descobri-los nos enunciados normativos e aplicá-los às situações cambiantes da vida; de outro lado, a ideia de que o direito é instrumento para a consecução de certos fins, os quais estão intimamente relacionados com dados fáticos, tais como a história, a religião, a raça, o clima, as ideologias, etc. Ou o intérprete procura então descobrir os princípios gerais e preservá-los a despeito das mudanças sociais, ou procura adaptá-los e, de certa forma, subordiná-los àqueles dados da experiência histórica.⁶³

Importante notar que essa divisão de fontes é verificada de forma específica em cada teoria da ciência do direito, ora sendo ressaltada uma das fontes, e consequentemente reduzindo a incidência da outra, tratando-se, assim, de fenômeno cuja análise histórica se faz de grande relevância, como se observará abaixo.

Assim, a necessidade de entendermos os *pressupostos* que envolvem cada enunciado, de cada juízo, revela-se de notória importância para o questionamento de qualquer raciocínio que se pretenda a dar solução a um caso concreto.

Além disso, a pergunta posta de *quais fontes dependem o nosso direito* não concerne exclusivamente à identificação dos *modos de conhecimento do jurídico*, e a tematização desses sobre as variadas teorias jurídicas, destacando as suas particularidades, mas também de buscar questionar porque esses pressupostos são realmente seguidos e obedecidos. De modo que se examina o próprio elemento estrutural que dá fundamento e coerência ao discurso, como fonte, permitindo e assentando, consecutivamente, a decisão judicial.

3.2 FONTES IDEAIS: DO PERÍODO PRÉ-MODERNO E MODERNO DO DIREITO

As fontes ideais do discurso jurídico provêm de uma concepção racionalista acerca do conhecimento, querendo assentar, portanto, que o direito encontra na *Razão* a sua fonte, utilizada pelas pessoas para estimular a criação de projetos, que dariam conta de satisfazer as necessidades de determinado tempo e local. Assim, do alto de uma razão metafísica ou do intelecto do próprio homem, ou de uma reunião desses, mas, logicamente, nunca da sua totalidade, é imaginada um conjunto de possibilidades como regulamentações dos comportamentos, de acordo

⁶³ COELHO, Luiz Fernando, *loc. cit.*

com as exigências e consensos momentâneos, exprimindo dessas as regras de regência da sociedade.

A fonte ideal do Direito remonta a variadíssimas formas de produção do pensamento jurídico, presente mesmo nas primordiais ideias de direito natural, a exemplo das fundamentações dos sofistas sobre uma ordenação regida por leis, uma essência unificadora, ou em Platão e Aristóteles, sobre um saber válido em geral, baseado, assim, na ideia "de um direito mundial universal e *válido para todos os homens*."⁶⁴

Segundo Michel Villey, por essa fonte se identificam aquelas doutrinas que veem no Direito à função de "reger os fatos em nome de um ideal"⁶⁵. Assim, de concepções forjadas pelo homem, "projetos" imaginados de forma mais ou menos racional, para serem postos sobre os fatos e comportamentos humanos. Destarte, da Razão são elaborados os instrumentos para inserir o direito, como os seus textos, cuja manifestação, explicita o autor, já é identificada na *Torá* bíblica e nos Evangelhos, logo, na *Palavra* de Deus⁶⁶, ou seja, o *direito divino*.

O *racionalismo* fora presente no pensamento da Igreja, sustentada pela *razão divina*, que atribuía justificação ao direito, sendo, mais tarde, apropriado tal lugar pelos homens tornando a *razão humana* o centro, derivando do concurso das *vontades* dos indivíduos livres que estabelece o Contrato Social e substitui Deus.

Desse modo, o uso dessa fonte na teoria do direito é de raízes antigas já sendo encarnado pelos juristas da Idade Média, pensado sob o domínio de uma *ordem universal*, a qual abrangia homens e coisas, a partir de uma razão transcendente, da *divindade*, ou seja, em perspectiva teológica. Importando ressaltar que mesmo nessa época era trabalhado o problema dos *textos*, como se verifica, por exemplo, na Escola dos Glosadores e dos Comentadores.

Uma importante ruptura no saber jurídico ocorre a partir do século XVI, por conta de novas condições da vida social, operando uma crise na realidade normativa-institucional, com consequências também para o objeto do Direito e a sua ordem epistemológica, causando um desenvolvimento da própria lógica interna do

⁶⁴ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha, p. 291.

⁶⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, pág. 299.

⁶⁶ *Ibidem*, pág. 300.

Direito⁶⁷, um passo maior em direção à *Razão* enquanto fundamento e o estabelecimento das bases para as transformações que seguiram.

Em termos de pensamento jurídico pode se afirmar que a finalidade em tal época era de libertar o Direito da sua vinculação ao direito romano⁶⁸, que o guiava, desvencilhando-se, outrossim, das glosas e comentários do medievo. Assim, da rejeição à tradição, que calcava o modelo romanista, subsistindo a pretensão, como saída, de reconstruir o sistema, tornando-o algo autônomo, para tanto, de promover a reconstrução dos seus fundamentos totalmente a partir de referências meramente racionais, pois, politicamente, o desejo era de “fortalecer a vigência dos direitos nacionais”⁶⁹, por “um sistema jusracionalista no qual os princípios do direito natural aparecessem como leis naturais da sociedade”.⁷⁰

Assim, ligado a esse movimento de renovação identificam-se razões de cunho filosóficas e políticas, que também abriram o espaço para uma guinada teórica no plano do Direito a partir da pretensão dos autores da época de desenvolver a “própria lógica interna do sistema discurso do direito”⁷¹ é de uma crença compartilhada à época pelos estudiosos de que o Direito, depois da fase de *pluralismo jurídico* do medievo, estava suficientemente maduro para ser unificado cientificamente, pela construção de “sistemas jurídicos gerais, estruturados a partir dos princípios obtidos”⁷², submetidos à axiomas e regras. O jusracionalismo ordenando “toda a atividade social de acordo com um *logos* apreensível pela razão e, portanto, comum a todos os homens”⁷³. Desse modo, consolida-se época do *direito natural racionalista*, pois agrega, em lógica própria, a tese de que a razão nos fornece os princípios jurídicos superiores, que, por sua vez, revelam uma ordem universal, segundo os ensinamentos de Franz Wieacker: “são os traços

⁶⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 251.

⁶⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, pág. 165.

⁶⁹ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, p. 259.

⁷⁰ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha, p. 304.

⁷¹ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, p. 251.

⁷² *Ibidem*, p. 252.

⁷³ WIEACKER, Franz, *op. cit.*, p. 305

metodológico-sistemáticos do jusracionalismo e a sua emancipação em relação à teologia moral que caracterizam o jusnaturalismo moderno do continente europeu.”⁷⁴

Assim, são difundidas no século XVI várias propostas de *construções sistemáticas do direito*, as quais partem, sem dúvidas, de uma visão do *ideal*, não só em relação à possibilidade de unificação científica, como também a já calcada ideia de uma ordem universal, sem contradições, que se dá, logo, dos ditames da razão.

O falado *jusnaturalismo racionalista* dessa época é marcado por uma série de traços característicos, que demarcam em certa medida o Direito até hoje. Parte da existência de uma lei natural, ordenadora do mundo, seja das pessoas ou das coisas, de forma eterna e imutável. Não só essa lei está presente em tudo como pode ser apreendida por todos, basta que seja seguida a razão, portanto, sua intelecção baseia-se na racionalidade dos homens, possível desde que esses respeitem as suas inclinações naturais, “vivam honestamente”.

Além disso, o direito fruto dessa inteligência, além de deduzível e submetido a mecanismos lógicos, era reputado como preciso, por ser constituído de leis gerais, certas e claras, sendo, nesta seara, despicienda a interpretação. A lei é a própria razão, declarada simplesmente a partir dessa e extraída das regras de viver, não sujeitas à contingência dos tempos e dos lugares, nem de conhecimento limitado.

É sob a diretriz desses fundamentos que a humanidade embarca na modernidade, pela *doutrina moderna do direito natural*, cujas notas distintivas são o racionalismo e subjetivismo, a generalidade, evidência, e “tendência para a positividade”⁷⁵.

Explana António Manuel Hespanha que essa nova ideia de direito natural se impõe definitivamente no século XVII, e que, de certa forma, correspondendo ao direito natural teológico precedente, mas fundado especificamente na razão humana. Afirma, assim, que se trata de uma nova forma de *jusnaturalismo*⁷⁶, o qual parte da razão como um meio para o acesso à ordem da natureza, por isso, um naturalismo racionalista, identificado supostos traços permanentes da natureza humana.

⁷⁴ *Ibidem*, p. 306.

⁷⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 296.

⁷⁶ *Ibidem*, p. 298.

Portanto, com a mudança de modelo, veio, em conjunto, uma mudança de mentalidade, bastante acentuada, que também acaba por remeter ao marco da transição do medievo à modernidade. Nessa esteira, é na substituição de um modelo mental finalista por um modelo mental mecanicista, desse modo a finalidade que fora ao longo da Idade Média o elemento da coesão da ordem natural (Deus), dessa forma, transcendente ao homem, é transfigurado para as causas, medindo-se, assim, a natureza do homem a partir de suas intenções e vontades. É um modelo, portanto, que se volta para o sujeito, figura desconhecida na Idade Média, agora central e regido pelo elemento da vontade, manifestação natural do homem que se visava garantir.

O jusracionalismo baseia-se, portanto, numa nova antropologia. O homem aparece não mais como uma obra divina, eterna e desenhada à semelhança do próprio Deus, mas como um ser natural; a humanidade, não mais (na primeira versão) como participante de um plano divino de salvação ou (na última) como participante do mundo histórico, mas como elemento de um mundo apreensível através de leis naturais.⁷⁷

Assim, uma das vias racionais que conformaram a evolução do Direito, reside no prisma da *vontade* dos homens, sob o qual os pensadores jusracionalistas deram o amparo aos seus dogmas, justificando, em uma doutrina, que os vínculos da sociedade são decorrentes de uma ordem *política* por um *acordo de vontades* dos homens, que, como seres livres e racionais, “escolhem” o soberano, ou elegem os representantes, que a partir de então, sendo contemplados com o *poder* instituído⁷⁸, irão estabelecer as leis, os textos que tratam do direito, ou, numa, segunda perspectiva, da *Razão* são deduzidos os princípios, os dogmas que formalizam os instrumentos utilizados no direito, as leis, sem necessariamente que ocorra a intervenção do “soberano”, como algo já concebido anteriormente, da natureza humana.

Na primeira dessas perspectivas, subjaz a afirmação de que a fonte primeira do direito deriva do concurso de vontades dos indivíduos livres, a qual materializa-se no que fora pensado como sendo o *Contrato Social*. Deste legitimava-se o soberano

⁷⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha, p. 288.

⁷⁸ "A justificação de todo poder envolve uma espécie de mitologia, e as revoluções liberais substituíram o mito do direito divino dos reis pelo mito da representação popular." (COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 170)

tornando-o competente para dizer as Leis, as quais partiam da sua própria palavra, e fundadas na sua vontade, vez que este ocupava tal posição em decorrência do consentimento de todos os outros. “A partir de então são unicamente as leis do soberano que devem ser levadas em consideração no direito.”⁷⁹

É desse modo, portanto, que da doutrina política do Contrato Social institui uma ordem hierárquica entre os instrumentos do direito. A lei é a soberana, que no seu conjunto formaria um todo coerente, resolvendo a aplicação do direito. Sob a doutrina da separação dos poderes essa organização hierárquica é aprofundada, contudo sem perder a pretensão de tornar a lei soberana, elucidando que as novas anulam as antigas, que as constitucionais se sobrepõem às ordinárias, e que essas duas sobre os atos meramente administrativos. O Judiciário, nesta inteligência, também se subordina à lei, jungindo as suas decisões ao respeito desta, de forma direta e fria, tornando-as, perante o mundo jurídico, “fontes supletivas”, assim, como os costumes, cedendo sempre à disposição da lei, e, em função da delegação conferida pela separação dos poderes, somente podendo completar e prolonga-la, portanto, apenas com a competência de criar “normas” suplementares, sem inovações, o que foi chamado de “poder normativo” do juiz.⁸⁰

Tal é a base primeira que forjara o positivismo jurídico⁸¹ e cujas consequências permanecem vívidas em nosso subconsciente a partir da organização jurídica e a educação que nos foi lecionada na estrutura estatal hoje existente, muito embora já ultrapassada a ideia do “Contrato Social”.

Deriva, aqui, portanto do homem moderno buscar na sua própria consciência a *resposta*, sob o pressuposto, outrossim, de que essa seja capaz de fornecer soluções gerais, atendendo uma gama de casos, o que, portanto, parece perfeito de um plano individual, destarte, não raro chocando-se com a necessidade do Direito que é insitamente *relacional*, seguindo sempre como questão se o *preceito racional*

⁷⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 303.

⁸⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 222.

⁸¹ Alexandre Araújo Costa expõe: “Ou seja, os juízes e advogados partiam do pressuposto (epistemologicamente ingênuo e politicamente cínico) de que o caráter sistemático da própria elaboração legislativa dispensaria o jurista da necessidade de elaborar um arsenal conceitual e teórico para desenvolver sua atividade.” (COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 191)

estabelecido será também compreendido da mesma forma pelo seu similar, tanto da perspectiva da sua aceitação quanto da sua aplicação.

Mais especificamente tal concepção se trata do Positivismo Jurídico classificado como *Legalista*, por identificar o direito nas suas leis, cuja origem é construída a partir da *Razão* do homem, e que são aceitas, pois assim consentem os indivíduos, reconhecendo, destarte, a sua autoridade. Desse modo, da sua pretensa fonte calcada na noção do Contrato social, decorre o monopólio das leis estatais, das quais a "jurisprudência" será apenas a aplicação e o complemento.⁸²

A *vontade*, no entanto, não é eximida de questionamentos, pois também se reconhece, em período próximo, que “para além do querer dos indivíduos ou dos seus representantes, há normas objetivamente válidas”.⁸³

Assim, em outra perspectiva, também se constitui como fonte ideal do discurso jurídico, encarando, nesse viés, o Direito com base na primazia da Razão, a *Escola do “direito natural”*, que em suas premissas defende a possibilidade de se inferir o conteúdo das leis⁸⁴, e, além disso, suscita o pretensioso ideal de uma Razão universal, considerada comum a todos os homens, no sentido de que a característica dos pensadores desta Escola era de buscar precisar a *natureza do homem* e desse ideal extrair os direitos individuais, inalteráveis é necessário, encarados por esses como princípios inatos da *natureza humana*, que podem ser “descobertos” e desses deduzidos os preceitos particulares do direito.

Desse modo, é por via de tal escola que fora assentado no pensamento jurídico as máximas gerais da moralidade, de “imperativos” e preceitos da consciência que são largamente utilizados no Direito, não só na sua tarefa de decidir casos e, assim, como *instrumento decisório*, especificamente, como *razão de decidir*, como são elementos incorporados insitamente a diversos dos institutos mais básicos e essenciais à operação do Direito, como a responsabilidade civil, no ideal de que aquele que causa dano a outrem deve repará-lo, ou, ainda, de definições gerais acerca da essência do homem, em suas virtudes, bens, valores e objetivos da

⁸² VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 226.

⁸³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 323.

⁸⁴ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 227.

conduta moral⁸⁵, que serviriam, na posição assentada por esta escola, como “fonte” do direito através da *secularização de princípios*.

Assim, o ponto de partida deste sistema foi construído pelas “antigas figuras da antropologia moral”⁸⁶, fundamentadas pelo jusnaturalismo, transformando seus princípios em princípios de caráter técnico-jurídico⁸⁷, de sobremaneira importância ao Direito, como se verifica nas questões atinentes à origem e transmissão da propriedade, da declaração de vontade e o direito obrigacional, inclusive, para o ulterior desenvolvimento da teoria dos negócios jurídicos, igualmente, para a noção de justiça contratual, e, inclusive, sobre as relações de casamento.⁸⁸

Michel Villey acusa essa de ser uma ideia estéril por partir de pressuposições que cortam as raízes teológicas sob as quais são colocadas, como deixando-as “entre parênteses” para que não fossem buscadas as suas origens, reputando-as como inatas ao homem. Afirma que a ditadura da *razão humana*, tomada como *fonte* de conhecimento, não se presta para inferir o real *conteúdo* do direito, de modo enfático asseverando que é:

Impossível que das prescrições de uma moral racional deduzamos soluções de direito. O objetivo do direito não é ditar ao indivíduo regras de conduta, mas determinar uma divisão dos bens e dos encargos, no interior de um grupo, entre várias pessoas (supra, § 123). Nenhuma lei moral descoberta por uma consciência subjetiva poderia cumprir esta função.⁸⁹

Por outro lado, o autor francês não deixa de afirmar que a influência da referida escola é larga nos ensinamentos jurídicos, inclusive, sendo retomada de tempos em tempos. Inclusive, ressalta que é da combinação entre a doutrina do contrato social conjuntamente à escola do direito natural que se fomentou a elaboração dos *Códigos*⁹⁰, e sua pretensiosa pretensão de reduzir o direito, regulando toda as situações da vida, em todos os tempos e lugares. Destaca-se, assim, que é na égide do jusracionalismo moderno que “realça-se, de fato, o caráter

⁸⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 308.

⁸⁶ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha. p. 310.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 311.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 327 a 337.

⁸⁹ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 312.

⁹⁰ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 309.

universal do direito. Ligada à 'natureza humana' eterna é imutável, a regulamentação jurídica não depende dos climas ou das latitudes.”⁹¹

Além da antropologia moral se agregaram aos princípios jusnaturalistas uma organização em premissas e conclusões não contraditórias, ansiando, assim, pela constituição de um sistema, constituindo outra marca importante do jusracionalismo, e para o conhecimento do Direito atual, ao impor, um direito racional positivo, um projeto baseado numa utopia ambiciosa.

Franz Wieacker sintetiza da seguinte forma:

dirigem-se antes a uma planificação global da sociedade através de uma reordenação sistemática e inovadora da matéria jurídica. O pressuposto interno mais geral deste empreendimento é constituído pela convicção, própria do iluminismo, de que a actuação morigeradora e racional dos governantes ou da vontade comunitária geral criaria por si só uma sociedade melhor. O direito natural parecia indicar a uma tal actuação um caminho mais seguro, ao fornecer projetos gerais de uma sociedade regida por preceitos ético-naturais e ao permitir a esperança de se descobrirem, de uma vez por todas, os critérios de um direito justo do ponto de vista de seu conteúdo.⁹²

“O *jusnaturalismo* vem a desembocar no mais agudo positivismo jurídico, e o Código, mesmo se portador de valores universais, é reduzido à voz do soberano nacional, à lei positiva desse ou daquele Estado.”⁹³

Portanto, muito embora as justificações teóricas que certa feita fora encartadas para defender a institucionalização da sociedade, predominando a função do Estado, tenham sido abandonadas, como a ideia do *Contrato Social*, ainda mantêm-se extremamente sólidas as suas consequências, como as Leis, e fato, o instrumento por excelência do direito há tempos, é contido nessa também os *direitos subjetivos* cuja noção também remete a tal época do pensamento jurídico⁹⁴, que na atualidade continuam sendo base para o direito.

Importante assentar, nessa esteira, que tal conjuntura de circunstâncias tem como fundamento a racionalidade do homem, decorrendo do período acima

⁹¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 337.

⁹² WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha, p. 366.

⁹³ GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Tradução de: Arno Dal Ri Junior, p. 114.

⁹⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 306 a 310.

retratado, aliando de um lado o reconhecimento da autoridade do “soberano”, hoje, do poder estatal e das leis por ele estabelecidos e que se destinam a regular os comportamentos, e que, de outro lado, também deriva do mesmo lugar preceitos da “natureza das coisas e do homem”, profundamente imersa na noção de *direitos subjetivos*, que podem ser nada mais do que a razão dita por alguns, sobre aquilo que consideram verdadeiro, como “toda convenção deve ser mantida”, deduções de preceitos racionais da moralidade, inviáveis para a totalidade do problema de ditar soluções de direito.

3.3 FONTES FATUAIS E FORMALISMO: A SAÍDA DA MODERNIDADE NO DIREITO

Ao lado da *fonte ideal* o pensamento jurídico atual também é fortemente marcado pela *fonte fatural*, pela qual o discurso jurídico se funda sobre a observação dos fatos sociais, das entidades conhecíveis pela experiência da qual o Direito busca extrair as suas regras de orientação, a *juridicidade*.

Inicialmente tal forma de pensamento fora introduzido como uma pretensiosa intenção de conhecer o direito de modo semelhante às ciências naturais, assim, dos mesmos métodos científicos rigorosos utilizados pela matemática e química, da observação empírica e elaboração lógica dos resultados dessa observação.

A fonte fatural representa uma reação às formas precedentes de conhecimento, na medida que se opõe ao *racionalismo*, como declina Michel Villey afirmando que essa: “rejeita as teses da Escola do direito natural e o mito do Contrato Social; engendra uma nova espécie de “positivismo jurídico”, que não se deve confundir com o legalismo inicialmente designado por esta palavra”.⁹⁵

Assim, por esta fonte se propõe uma forma diferente de positivismo, denominado de *positivismo científico*, que se afasta do primado da Lei para considerar outros instrumentos de decisão jurídica, influenciado, sobretudo, pela *eclosão da sociologia* a qual pugna que o “direito seja induzido dos fatos observados cientificamente.”⁹⁶

⁹⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 227.

⁹⁶ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, pág. 317.

Desse modo, sua formação e consolidação deriva dos influxos recebidos da “cientifização” dos saberes, que marcou especialmente o período da modernidade, espalhando as técnicas científicas como método de conhecimento, do qual não escapou o Direito. Logo, visa situar o Direito em um plano epistemológico fundado em outras premissas, não das deduzidas da *razão humana*, mas daquelas que sejam induzidas do que foi posteriormente denominado de “fatos sociais”.

Como dito, tal corrente se opunha ao *racionalismo* a partir da análise dos sistemas ideais por esse proposto, apontando para o equívoco de tratar abstrações como realidades, assim, refutando determinadamente a afirmação de que valores e direitos poderiam ser universais e simplesmente aferidos pela razão, o que era encarado por tais autores como um pensamento crédulo.

É imperioso destacar, deste modo, que falar em “fatos sociais” é pressupor que o objeto de atenção e estudo dos pensadores deixou de ser o “indivíduo”, sendo este taxado de uma abstração “metafísica”, em verdade, inexistente, enquanto que o *real* é realmente a sociedade, e as relações estabelecidas entre sujeitos.⁹⁷

Essa linha de pensamento, no entanto, não era completamente nova ao saber jurídico na época da modernidade, pois, por exemplo, em Aristóteles e São Tomás de Aquino já era possível identificar uma ligação do direito com o social, visto que no direito natural clássico o visado bem comum era possível por um equilíbrio da ordem social.

A aceção das *fontes fatuais*, e sua perceptível contribuição para o pensamento jurídico, começa a se moldar com o historicismo que, por meio do pensamento indutivo, aproximou o discurso jurídico aos padrões de cientificidade desejados. Friedrich Carl von Savigny fora seu expoente e responsável por grande obra que dera notoriedade a essa perspectiva, pregando que “o direito positivo é imposto pelo costume”⁹⁸, deste modo, colocando sua crítica ao confrontar a pretensão da Escola de Direito Natural de construir um direito universal. Explícita Michel Villey que é com Savigny que o Direito é representado por um “resultado de

⁹⁷ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 412.

⁹⁸ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 227.

soluções tradicionais, de costumes, de ditados, máximas, nascido espontaneamente”⁹⁹, logo, com ênfase para os aspectos do *real*.

Assim, coloca a *ciência jurídica* no nível de uma *ciência histórica*, cabendo aos juristas “registrar este dado histórico real, esta massa de textos tradicionais, e de revelar o sistema neles contido, segundo o modelo das ciências naturais.”¹⁰⁰

A pretensão de atribuir uma cientificidade ao Direito, de forma análoga às ciências naturais, fez com que a Escola Histórica concebesse a “sociedade como um todo orgânico, sujeito a uma evolução histórica semelhante à dos seres vivos, em que no presente se leem os traços do passado e que este condiciona naturalmente o que vem depois.”¹⁰¹

Dessa forma, a Escola Histórica não se propunha a refutar a necessidade de “sistemas”, pelo contrário, “um dos componentes do historicismo é a construção sistemática do direito”¹⁰², portanto, reconhecendo o lugar da sistematização lógica, porém por se modelar nas “ciências naturais” buscava a sua elaboração por meio de um pensamento indutivo que culminaria num sistema conceitual, em detrimento à dedução, baseado em um padrão ideal de normas postas e soluções corretas cujo encontro decorreria da mera aplicação técnica.

Defendia assim a existência de uma lógica própria relacionada à identificação do “espírito do povo” (*Volksgeist*), o qual “estaria na origem e, ao mesmo tempo, daria unidade e sentido a todas as manifestações histórico-culturais de uma nação.”¹⁰³ Portanto, o “espírito do povo”, sendo revelado a partir das manifestações culturais de cada povo, exprimindo os registros que poderiam ser organizados em um “sistema científico”.

Explica António Manuel Hespanha que tal concepção aplicada a seara do Direito teve a consequência de acirrar o *anti-legalismo*, pois sustentava-se que o direito era, na verdade, uma emanção do “espírito do povo”, não das decisões legislativas que impunham os códigos, contra a realidade viva que é o Direito, nascido e transformado espontaneamente.

⁹⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 323.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 324.

¹⁰¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 383.

¹⁰² *Ibidem*, p. 391.

¹⁰³ *Ibidem*, p. 353.

Mais à frente Rudolf von Ihering, outro expoente dessa mentalidade, também classifica o direito como algo “vivo”, decorrente das circunstâncias, de maneira que “não poderíamos entender suas transformações senão reportando-o ao conjunto da vida social na qual cumpre uma função.”¹⁰⁴, e identificando a sua origem na *luta* de interesses¹⁰⁵, sendo a função do direito servir e ordená-los. Domina, pois, no pensamento deste autor que o direito é gerado das finalidades e dos interesses que são visadas pelas pessoas, existindo, além do individual, a sociedade, como organismo vivo, que cria espontaneamente o direito para o equilíbrio de interesses, promovendo a harmonia e a preservação da vida social.

O positivismo científico, cuja primeira inspiração fora de construir o direito nos moldes das ciências naturais, assevera que o conhecimento jurídico válido era o “capaz de identificar as estruturas que estão por trás do próprio direito positivo”, sendo “capaz de explicar o próprio objeto, suas conexões internas, suas regularidades, suas ligações com o mundo.”¹⁰⁶, muito contribui à ideia de que a análise jurídica consiste na redução de preceitos jurídicos a conceitos jurídicos, isto é, fórmulas abstratas que concentram o pensamento, extraídos do direito no seu complexo e suas normas.

Dessa forma, assim como a *fonte ideal* não despreza a importância do *real*, logo, dos fatos para a tarefa do conhecimento, também as *fontes fatuais* não deixam de exercer o ato de conhecimento sem a utilização de propriedade racionais, assim, não abandonam os *conceitos*, até porque no momento que se desenvolvem essa fonte do direito já estava impregnada os efeitos da *fonte ideal*, sendo difícil se desvencilhar completamente dos seus parâmetros.

Na esteira do historicismo jurídico se desenvolveu a chamada Escola da Jurisprudência dos Conceitos, de base germânica, a qual, também associada ao positivismo jurídico, afirmava a análise jurídica sobre o direito positivo e em sua historicidade buscando extrair os seus “conceitos estruturantes”.

Portanto, da estrutura do sistema seriam extraídas as normas jurídicas e seria possível a sua aplicação, exclusivamente “dos conceitos e dos princípios doutrinários da ciência jurídica, sem conceder a valores ou objetivos extra-jurídicos

¹⁰⁴ VILLEY, Michel, *op. cit.*, pág. 326.

¹⁰⁵ *Ibidem*, pág. 227.

¹⁰⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p 211.

(por exemplo religiosos, sociais ou científicos) a possibilidade de confirmar ou infirmar as soluções jurídicas”.¹⁰⁷

Houve, assim, o que podemos analisar como uma espécie de transição do pensamento de Savigny para uma escola que receberá o nome de Jurisprudência dos Conceitos, como bem observado por Alexandre Araújo Costa retratando que:

o historicismo de Savigny abriu espaço para uma teoria jurídica meramente descritiva, na qual o jurista deveria abster-se de fazer qualquer consideração valorativa acerca do seu objeto de estudo, limitando-se a descrevê-lo da maneira mais objetiva possível. Aliando-se a essa postura científica (no sentido de puramente descritiva, nos moldes das ciências exatas e da matemática) ao dogma da sistematicidade do direito (entendido sistema no sentido lógico-abstrato do termo), o historicismo alemão criou um ambiente propício para o desenvolvimento uma teoria jurídica formalista, fundada na busca dos conceitos fundamentais cuja articulação formaria uma descrição perfeita do sistema jurídico.¹⁰⁸

A *jurisprudência dos conceitos* leva, assim, a sistematização a outro nível, em relação ao proposto pela Escola Histórica, embora ambas assumam que a sua sistematicidade decorre de um *fato* centrado no todo orgânico que compõem uma sociedade, o mencionado “espírito do povo”, do qual emana o direito, aquela valoriza o aspecto formal dos conceitos.

Asseverava que a partir da análise concreta era possível observar e, consecutivamente, induzir princípios, que permitiriam a exposição orgânica e sistemática do Direito, dos quais se extrairiam, agora, pela dedução, os princípios inferiores e as soluções para os casos particulares. Assim, nesta configuração o conhecimento do direito emana, em primeiro lugar, da identificação do que se observa do meio social, aquilo que se denominou de “espírito do povo”, acreditando os seus defensores que era possível identificar uma “alma do povo” que permearia os institutos jurídicos. Assim, há nesta concepção um “mundo orgânico de conceitos apreensível por observação e indução uma evocação das novas ciências da vida.”¹⁰⁹ António Manuel Hespanha sintetiza do seguinte modo:

¹⁰⁷ WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha, p. 492.

¹⁰⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 266.

¹⁰⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 392.

Ao proceder deste modo, o jurista estaria a adoptar um método semelhante ao dos cientistas da natureza que, a partir da observação do real e da elaboração lógica dos resultados dessa observação, extraem princípios gerais subjacentes aos factos empíricos (como a lei da atracção universal, a velocidade da luz, as leis que presidem às combinatórias químicas). Princípios que, por sua vez, não apenas explicam as observações feitas, mas podem ser ainda logicamente combinados, produzindo novos princípios e teorias que, por seu turno, produzem conhecimentos novos sobre a realidade.¹¹⁰

O trabalho do jurista era, pois, de construir esse sistema de conceitos e princípios jurídicos, obtidos da história e da realidade cultural que o direito se alimentava, destacando António Manuel Hespanha justamente a distinção que marca essa *fonte fatual* ao pontuar que “não se tratava de conceitos obtidos pela reflexão puramente abstrata, como no jusracionalismo. Tratava-se antes de conceitos obtidos por indução a partir das máximas do direito positivo.”¹¹¹

O formalismo como fundamento do Direito é encabeçado pela *pandectística*, que “se limita a atribuir ao poder a função de estabelecer uma forma de organização política que melhor possa garantir a liberdade individual (liberalismo)”¹¹² mesmo que abrindo mão do conteúdo axiológico, de forma que essa liberdade é exercida sem ser guiada por princípios éticos-jurídicos materiais.

Há, assim, um rigorismo conceitual que embasava este pensamento, sustentando que o jurista não precisaria fazer juízos sobre os resultados materiais, sobre a justiça ou ética, pois o formalismo seria suficiente para garantir o saber jurídico, protegendo mais a sua cientificidade.

É algo que com isso se distingue do historicismo inicial por valorizar demasiadamente o ideal da construção de um direito atento apenas ao aspecto formal, a este rigor construtivo, de ordenação lógica e de um conceitualismo coerente, exurgindo, em consequência, um “direito separado da sociedade”.

O pandectismo é, assim, um híbrido, pois preza sobremaneira pelos aspectos formais do direito visando conferir a este uma racionalidade indiscutível, a qual identifica no legislador, porém, ao mesmo tempo que faz culto à lei também encara essa como um registro do *real*, “trata estes textos como fatos, expostos à

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 394.

¹¹¹ *Ibidem*, p. 393.

¹¹² HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 396.

observação científica”¹¹³, assim, “não passava então de um compromisso, de uma meia-medida, cujo flanco será objeto dos ataques de novas gerações de cientistas.”¹¹⁴

Acaba por acentuar ainda mais o empirismo e o experimentalismo, aumentando os seus impactos sobre o conhecimento jurídico, em razão também de serem sentidos os progressos das ciências, principalmente da química e biologia, e pela conscientização acerca dos conflitos sociais, causando um descompasso entre as exigências práticas e o rigor do formalismo, em função da sua incapacidade em dar conta das necessidades sociais presentes, propiciando a ascensão de uma nova forma de discurso baseada na fonte fatural, o “direito procura atuar sobre a realidade social, justamente como fator estruturante.”¹¹⁵

No início do século XIX ainda predominava o positivismo jurídico voltado para o primado das leis estatais, assentando a predominância dos Códigos como um fato positivo, o que logo fora desmontado pela experiência. As estratégias jurídicas liberais que marcaram a redução do direito aos códigos não deram conta de satisfazer as novas relações que cresciam no mundo, carecendo de soluções jurídicas para os problemas sociais que se tornaram o grande tema pela higidez da técnica de codificação.

Assim veio a segunda inspiração do *positivismo científico* que se consolidou ao final do século XIX baseada no modelo das *ciências sociais*, principalmente na sociologia e na economia, com a intenção de importar esses modelos para a ciência jurídica, revestindo o denominado *positivismo sociológico*, uma corrente que se opôs de modo claro ao jusracionalismo, ao propor que o Direito se estruturasse em um referencial distinto, perdendo a sua ligação, até entanto inerente, com “cogitações metafísicas ligadas a um direito natural, mas concentrar-se em uma análise dos fenômenos jurídicos ocorrentes na sociedade.”¹¹⁶

Assim, representa um afastamento da concepção idealista, criticando diretamente o individualismo, voluntarismo e contratualismo, para aproximar

¹¹³ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 325.

¹¹⁴ VILLEY, Michel, *loc. cit.*

¹¹⁵ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, p. 404.

¹¹⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, pág. 257.

definitivamente o conhecimento do direito aos *factos*. Nessa linha, como uma de suas premissas basilares defendia que o direito surgia espontaneamente das relações sociais, na sedimentação de valores e da vivência social, como um processo gradual alinhado à existência humana e sua história, ligada ao seu meio, mas que não poderia ser resumida a autoridade específica, como fonte da sua ordem.

Assume que o homem sempre viveu em sociedade, uma organização estruturada em um complexo global de relações intersubjetivas, e assim sempre se seguirá, decorrendo o fundamento do direito deste lugar. Logo, revigora a crítica ao direito como instituto eterno e imutável, mas sim variável de sociedade para sociedade. Para essa concepção a união das pessoas se dá pela *solidariedade social*, a qual implica a todo sujeito uma *função*, resultando necessariamente que esses tenham direitos e deveres, no sentido de cooperar com a preservação da solidariedade social, sendo a sua promoção, também, de incumbência do Estado.

Portanto, representou a expulsão e renúncia de toda e qualquer categoria “metafísica”, em suas várias formas, refutando a relação entre a emanção do direito e essas, como a pautada por uma vontade divina, do jusnaturalismo teólogo, ou da baseada na razão humana, como sustentava o jusracionalismo oitocentista, mesmo ainda aquela “nova mística” do “legislador”, uma autoridade voluntariamente construída. Ao invés, acolheu-se definitivamente o “modelo científico”, da apreensão do “fato”, “observar o direito tal como é, e não tal como deveria ser.”¹¹⁷

Assim, diferentemente do que fora o predominante no século XIX, a virada deste século pretendia se afastar do legalismo exegético e das ondas sentidas pela sistematicidade da jurisprudência dos conceitos, imbuída das vertentes sociológicas que almejavam tornar hegemônico um discurso jurídico não excludente, mas permeável a outras formas de discurso, sobretudo considerando fatores sociais, ou seja, derivado da percepção comum a esses juristas de que “elementos jurídicos (ou seja, normativos) precisavam ser articulados com elementos metajurídicos (sociológicos, éticos, psicológicos, econômicos, etc)”.¹¹⁸ Uma das consequências do positivismo científico ao Direito fora o de ter lançado luz para a “importância do

¹¹⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 321.

¹¹⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 285.

conhecimento das circunstâncias concretas da vida do direito no estabelecimento das soluções jurídicas ou legislativas.”¹¹⁹

Segundo Miguel Reale esses autores, situados no âmago do *positivismo científico*, abraçam o reconhecimento de que é impossível estudar o direito como simples coordenação de normas, assim, acabam por destacar o lugar possível dos cânones normativos no sistema jurídico, tratando de refutar a viabilidade concreta e razoável de uma Jurisprudência "dogmática", sobejamente fundada no princípio da autoridade do Estado, atestando, em substituição, que “o Direito tem sim autonomia, mas é autônomo como ramo ou capítulo da Sociologia, não tem valor sem conexão com os dados que o sociólogo apresenta.”¹²⁰

Em outra análise, a afirmação acima é reflexão de outra constatação que se revela a partir desta *fonte*, qual seja, de um “direito surgido das próprias instituições sociais, existente para além da vontade estadual expressa na lei e num plano que lhe era superior”¹²¹, simplesmente, negando a premissa de que lei e direito de confundam.

A ultra maximização deste pensamento encerra-se com Eugen Ehrlich que pensava não só “acima dos textos”, mas reconhecendo, inclusive, a possibilidade de se atuar “sobre esses”, negando qualquer amarra que se colocasse diante dos “fatos sociais” constatados pela sociologia jurídica ¹²², que, assim, se revelam como “normas sociais”, essas, não escritas, por serem caracteristicamente inerentes aos grupos, variando entre esses, marcando a diferença entre cada sociedade, sendo também “vivas” na medida que sujeitas às mudanças de tempo.¹²³

Integra esse autor a chamada Escola do Direito Livre que é reconhecida pela sua crítica radical ao positivismo conceitual, ao “modelo estadual, legalista e racionalista do direito, a caminho de uma fundamentação ‘livre’, fundada na sensibilidade jurídica comunitária, auscultada, casa a caso pelo juiz”¹²⁴, logo, atribuindo ao juiz um papel de maior definição acerca do direito. Sua importância,

¹¹⁹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 419.

¹²⁰ REALE, Miguel. **O Direito como experiência: introdução à epistemologia jurídica**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992, p. 102.

¹²¹ HESPANHA, António Manuel, *op. cit.*, p. 420.

¹²² VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 227.

¹²³ *Ibidem*, p. 327.

¹²⁴ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 407.

em perspectiva histórica, é de acentuar a crise do conceitualismo da pandectística, inserindo-se, em âmbito mais geral, nas correntes filosóficas de crítica ao racionalismo.

As doutrinas sociológicas vão destacar as lacunas e as insuficiências das leis e farão da liberdade com relação aos Códigos um dever dos juízes, assim, sempre acentuaram o papel criativo, considerando este inerente à atividade judicial.

Deste modo fizeram com que o jurista deixasse o exilamento no estudo dogmático das normas legisladas e dos conceitos formais, para voltar-se a uma compreensão, supostamente, efetiva acerca do Direito, pois compreendida no que é produzido pela própria sociedade, propiciando, assim, uma abertura “mediada por uma concepção inovadora do direito, que passou a ser percebido como um dos elementos que uma sociedade utiliza para atingir as suas finalidades.”¹²⁵

Explica Alexandre Araújo Costa que:

diversamente do positivismo legalista que somente era capaz de enxergar o direito nos códigos, o positivismo sociológico buscou identificar o direito nas próprias relações sociais. E, diversamente da Jurisprudência dos Conceitos, que estabeleceu uma espécie de autocompreensão da tradição jurídica romano-germânica, o positivismo sociológico tinha os olhos voltados para a sociedade contemporânea.¹²⁶

Nessa esteira, conclui-se que ocorrera a derrocada do “positivismo jurídico”, que em suas origens implicava na tese da soberania das leis, sendo, contudo, arrastado para a corrente do positivismo científico, “acabando por desembocar na solução oposta”.¹²⁷

Descreve, assim, Alexandre Araújo Costa que os positivistas sociológicos estão mais preocupados em descrever a atividade judicial tal como ela efetivamente ocorre, em vez de estudar o conteúdo das normas segundo padrões puramente dogmáticos.

Nessa medida, as várias linhas que compõem o positivismo sociológico não podem aceitar a utópica descrição da atividade jurisdicional oferecida pela hermenêutica tradicional e esforçam-se por criar modelos explicativos mais

¹²⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 255.

¹²⁶ *Ibidem*, pág. 257.

¹²⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 328.

próximos da realidade — motivo pelo qual certas linhas sociológicas são chamadas de realismo jurídico.¹²⁸

Verifica-se com o *realismo* um passo a mais na busca da compreensão da jurisprudência, entrando na cabeça do juiz, com o fim de identificar as *causas dos julgamentos*, as motivações sociológicas, psicológicas, psicanalíticas, que constituirão o campo de estudo do *realismo americano*.

Dessa forma, no plano do Direito fora marcadamente sentida as consequências dos entendimentos defendidos pelo positivismo científico, sobretudo, pela absorção da *fonte fatural* que embasava o seu pensamento, no modo de atribuir ao Direito à procura por soluções adequadas às finalidades sociais.

3.4 CONCLUSÃO SOBRE AS FONTES E O RACIOCÍNIO JURÍDICO

Não há dúvidas de que tanto as *fontes ideais* quanto as *fontes faturais* deixaram as suas marcas no pensamento jurídico atual, se por um lado, desacreditamos na concepção de que a fonte do direito seja o ideal do “Contrato Social” ou de que exista uma associação de vontades dos homens que ampare a autoridade das leis, não perdemos completamente o dogma da soberania da lei, embora mitigado, este ainda é o mais utilizado como *meio para a solução dos direitos*, sendo a jurisprudência ora complementação dos textos ora sendo razão autônoma.

De forma semelhante, em relação à Escola do Direito Natural, em que pese não sustente mais a defesa de valores universais e imutáveis, sendo esses tipos de juízos improfícuos para uma análise jurídica, por ser um contrassenso à própria cultura e ao conhecimento social, basilares ao Direito, não abandonamos, todavia, as premissas da “natureza humana” preceituadas por esta corrente de pensamento, nos julgando ainda capazes de aferir os “direitos do homem”.

Logo, as *fontes ideais*, fundadas na capacidade racional dos sujeitos que assentam a produção do conhecimento jurídico, sendo o primeiro fundamento para a observância e obrigatoriedade estrita das leis, são encarnadas ainda pelo Direito vigente.

¹²⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 258.

Michel Villey destaca que o grande erro do pensamento positivista legalista foi o de equiparar as fontes do direito, isso é, as fontes primeiras, de verdadeira invenção do direito, aos textos legais, que são em realidade *resultados* dessas.¹²⁹ Assentando, portanto, que a premissa essencial, não atentada pelo positivismo, é de que as leis, o que também pode se estender à jurisprudência, não são fins em si mesmas, são meios de edificação do direito e que possuem uma gênese, identificada ou na *Razão* que expressa aquele instrumento ou na *apreensão fática* de determinada premissa utilizada como fundamento jurídico, ambas essas dando sentido à ciência jurídica e tornando aplicável o Direito.

Do que se afirma que o juiz possui uma margem de independência em relação às leis, não raro que essas se *choquem* com a jurisprudência¹³⁰, o que demonstra que a concepção dos doutrinadores do contrato social, que a jurisprudência complementaria a lei, não é sempre o que se verifica para algumas situações concretas, o que se dá, pois, geralmente nesses casos o julgador estará privilegiando uma conclusão experimentativa, sensitiva do Direito, derivada da sua apreensão e valoração dos fatos, ao invés daquilo que se concluiria se adotada exclusivamente a racionalidade deduzida das normas jurídicas.

Ocorre que não obstante o sistema conceitual e legalista preceitue uma garantia à segurança jurídica e uma pretensa previsibilidade das decisões judiciais, tal modelo não pode ser levado à ponto de afetar a flexibilidade do direito, e a sua condição de adaptação às realidades sociais. Por isso, admitir que o direito somente possa ser alterado pelo legislador, caso se identifique o direito exclusivamente na lei, é insuficiente para a missão do Direito. Portanto, concluindo que a jurisprudência não é “fonte” de menor espécie, como explicavam os positivistas legalistas.

Assim, em termos de aplicação do direito impera que ou se decide com base na lei ou se julga com a jurisprudência, certamente, um dos dois é o mínimo esperado de um sistema jurídico, logo, que não se faz de decisões isoladas e solipsistas, o que, contudo, embora seja louvável pois aumenta os instrumentos à disposição para a resolução dos conflitos, potencialmente resultando em julgados mais justos, é, por outro lado, fator que aumenta a complexidade das decisões

¹²⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 224.

¹³⁰ *Ibidem*, pág. 223.

judiciais, emanando a necessidade de se definir com base de qual instrumento será conduzida a solução, não raro indicando essas soluções conflitantes.

Assim, como acentua Michel Villey, temos hoje uma dualidade de instrumentos, por vezes problemática, vez que “deixar-se-á o jurista ora seguir as regras do direito positivo, ora apelar para o direito natural”.¹³¹

As *fontes fatuais* no pensamento jurídico atual remetem, inicialmente, ao *positivismo científico* que influenciou diversos movimentos de ideias, não só ao Direito, embora nem sempre as suas ideias foram tomadas de forma coerente e uníssona.¹³²

Em relação ao Direito, em específico, as contribuições do positivismo científico são sensíveis, acentuando um *anti-legalismo*, que já se anunciava com a Escola Histórica, tomando a postura de criticar o legalismo, contudo, sem deixar de reconhecer a lei estatal como instrumento de produção de direito, enaltecendo a função desta para a garantia da *ordem*, mas revalorizando outros instrumentos como o costume e os aspectos da vida concreta, ou seja, outros mecanismos de solução jurídica.

Por outro lado, padece o positivismo científico por carecer de um método próprio, não apresentando uma metodologia capaz de orientar de forma eficaz como os juristas podem executar, com certeza e segurança, os preceitos que fundam a sua teoria. Há, desse modo, um vazio que ajuda a explicar a indefinição acerca da identificação do direito, e, por efeito, da inexplicação plena da questão da *decidibilidade*, de como se decidem os casos.

Por isso que, mesmo em sede do positivismo científico, não se consegue tirar da Lei o lugar de primazia enquanto instrumento jurídico, conforme verifica António Manuel Hespanha aludindo que:

o sociologismo valoriza, por um lado, a pluralidade de instâncias normativas da sociedade e reage contra o monopólio estadual da edição do direito (legalismo). Mas, por outro lado, ao insistir no papel regulador do Estado, na

¹³¹ *Ibidem*, pág. 310.

¹³² “Assim, tanto na privatística como na publicística, o positivismo está na origem, tanto da reacção anti-liberal das primeiras décadas do século XX, normalmente designada por advento do Estado social, como dos regimes autoritários anti-democráticos, como o fascismo ou o Estado Novo português.” (HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 423)

sua missão de garantir a solidariedade nacional, acaba por atribuir à lei a categoria de fonte última e decisiva de direito.¹³³

Assim, muito embora o positivismo científico defenda, como um dos aspectos centrais dessa corrente, que os juristas na sua atividade não estão restringidos ao direito positivo, logo, confrontando o descritivismo asseverado pela pandectística, aduzindo que ao jurista cabe se engajar na observação dos fatos, das situações da sociedade para identificar o direito e aplicá-los, não teve sucesso absoluto nessa empreitada por não construir um método, adequado à ciência jurídicas, de como executá-la. No entanto, fica arraigado na mentalidade jurídica os seus pressupostos teóricos, de que no Direito compete ao juiz conhecer e dizer o direito, com regras de experiência, costumes, do que verifica e concebe adequado ao modelo de sociedade nele inserido.

Deste modo, a posição sociológica do Direito, pode levar a duas direções de acordo com a postura adotada pelo seu intérprete, uma, que é suscitada por Michel Villey, na qual o Direito renuncia ao objetivo de retificar a sociedade, ao invés apenas se conforma à esta¹³⁴, ou seja, se observado no seio da sociedade é juridicamente válido, em outra perspectiva o jurista elegerá um determinado modelo social e nas decisões jurídicas de sua alçada visará aplicar este, assim, adotando um discurso evidentemente ideológico.

Na primeira perspectiva, anuncia-se o que é retratado por Antônio Manuel Hespanha ao afirmar que este positivismo tendeu a “coisificar” o homem, “transformando-o num mero objeto de influências causais.”¹³⁵ Desse modo, não só negligenciou que ao lado da sociedade há também a concreta participação do sujeito, enquanto ser capaz subjetivamente de formar as suas próprias decisões, tolhendo, pois, a capacidade de escolha que adere cada sujeito. Como consequência, permitiu, por obra de alguns, que o Direito fosse direcionado ao extremo de desconsiderar a importância do sujeito, instrumentalizando-o ao nível de mero objeto, como se viu, por exemplo, nos regimes totalitários, mas que também se vê, obviamente de forma menos dramática, nos *tecnicismos* que se desenvolvem

¹³³ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 425.

¹³⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 227.

¹³⁵ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 426.

contemporaneamente, preocupados exclusivamente com a eficiência, por vezes, contra a estrutura teórica e os direitos individuais.

Da mesma crítica padece a Jurisprudência dos Conceitos, ao reduzir atividade jurídica a mera descrição dos conceitos e textos jurídicos, fez com jurista ficasse preso ao fixado nesses meios, como explica Alexandre Araújo Costa:

Jurisprudência dos Conceitos, apesar de ter sido originalmente inspirada sobre uma concepção de viés historicista, também não soube adaptar-se, pois ao reduzir a atividade do jurista a uma descrição objetiva do direito, retirou-lhe qualquer capacidade de alterar o próprio direito, que deveria ser apenas explicado, mas nunca modificado pelo jurista.¹³⁶

Conclui-se, pois, que os fatos são insuficientes para cumprir a função de fontes de direito, uma vez que “confundir o direito com o fato é privar o direito de sua função, retificar os fatos. A filosofia jurídica do positivismo científico tem o defeito de ser insensata e de serem pouco manejáveis os seus critérios.”¹³⁷

Dessa toada, a verdade verificada é que o Direito tanto especificado a partir de uma *fonte ideal*, quanto de uma *fonte fatural* pode ser insatisfatório para o problema da decidibilidade, o que se observa a partir das correntes acima analisadas, que transitaram de um extremo ao outro, e hoje confundem-se na teoria do direito, explicitando uma das causas para a complexidade das decisões judiciais.

De certa forma isso é retrato de uma tensão fundamental que acomete o Direito, dirigido a seguir caminhos opostos por cada filosofia. A partir da alinhada às *fontes fatuais*, como nomeou Villey, aparecem os defensores da assertividade empírica do direito, conduzindo a uma radicalização deste preceito, flexibilizando o direito, embora em termos muito mais ideológicos do que naturais ou sociais, na linguagem preferida desses autores que marcaram a virada do século XX. Questionada, pois, pela a sua notável carga subjetiva e a dificuldade de apreensão prática, pois não fornecia os instrumentos para um pensamento de *raciocínio jurídico*, quer dizer, não respondeu *como* o juiz pode chegar à solução correta nem como pode se *avaliar e controlar* o acerto da decisão. Enquanto, de outro lado, o ânimo de assentar o direito em *fontes racionais*, notadamente nas variadas teorias

¹³⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método:** diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 266.

¹³⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito:** Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 330.

gerais do direito, acabou em exagerar no formalismo, permitindo que as suas premissas fossem afastadas do exame do seu conteúdo, resumindo-se a adequação à forma, à estrutura lógica, uma moldura vazia que ao ser cotejada em casos concretos pode resultar em decisões inaceitáveis.

Como se vê, é quase como se esses fundamentos caminhassem em sentidos opostos, o segundo fundamento, aparentemente, privilegiando o valor da segurança jurídica e a racionalidade do sistema jurídico, enquanto os sociológicos inspiravam-se em um modelo teleológico, que privilegiava a justiça das decisões e o direito presente na sociedade.

Frente a esse dilema, muitos foram os que pensaram ter encontrado uma saída a partir de construções que denotam um ecletismo dessas fontes, na tentativa de estabelecer uma teoria que harmonizasse a exigência de segurança, mais enfatizada pelas escolas tradicionais, com a pretensão, e também uma necessidade, de justiça e equidade das soluções jurídicas, exagerarem protegidas pelas correntes de viés sociológico. Um meio-termo que “conduziu a maior parte dos teóricos a elaborar concepções próximas do amálgama entre os discursos legalistas e sociológicos, que veio a servir como base para a dogmática jurídica positivista do século XX”¹³⁸, a qual ainda constitui o pensamento jurídico.

Foram esses enganados pela aparência de acerto dessa possibilidade, mas que, em verdade, é totalmente improfícua para embasar o Direito, por congregiar fundamentos opostos formando algo incoerente e insuscetível de operacionalização e explicação prática, isso é, não resolve a questão de como o juiz de escolher os instrumentos jurídicos para a decisão do caso. Se deve se ater à ficção da soberania da lei, complementada pelas fontes consideradas supletivas. “Como interpretar a lei? Em quais casos lhe ser infiel? Quando devemos usar a ‘livre pesquisa científica’, o ‘dado científico real’, as pesquisas sociológicas? Ou então o ‘dado racional’, o ‘dado ideal’, os princípios do ‘direito natural’?”¹³⁹

Logo, “ecletismo não resolve nada”¹⁴⁰, apenas criam mais embaraços para as escolhas. Na prática, ficamos às cegas ora escolhendo pelo fato, ora pelo ideal,

¹³⁸ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 307.

¹³⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 230 e 231.

¹⁴⁰ *Ibidem*, pág. 231

fundado numa razão que por vezes é individual. Oscilando entre as fontes, num impasse constante.

Portanto, é inviável que se afaste do Direito uma dessas fontes, isolando o seu meio de conhecimento, pelas insuficiências vistas acima, também não sendo profícua a saída eclética, de junção dos fundamentos, pela “harmonização” ser tarefa abstratamente impossível.

Explica Miguel Reale que o Direito, como ciência, sempre deverá observar os diferentes estratos da realidade, do *real* averiguar as distintas relações, que explicam os fenômenos objeto de conhecimento e apreciação do Direito, representando “leis”, na acepção mais geral do termo, integrando a estrutura do conhecimento ao enunciar o saber, “a estrutura e o desenvolvimento da experiência jurídica, ou seja, aqueles nexos que, com certa constância e uniformidade, ligam entre si e governam os elementos da realidade jurídica, como *fato social*.”¹⁴¹

Descreve também que a “lei” no Direito também representa um outro sentido, o seu mais usual, de espécie de norma, diferenciando os juristas as regras que formulam dos textos produzidos pelo Estado, das regras que elaboram pela observação da própria sociedade, através de usos e costumes, neste caso, “não se trata de juízos enunciativos da realidade, mas de *juízos normativas de conduta*.”¹⁴²

Dessas premissas Miguel Reale expressa “que a Ciência Jurídica, como as demais ciências, processa-se sempre segundo dupla ordenação, uma de natureza tipológica, e a outra de natureza legal.”¹⁴³

Existem, logo, como base, *postulados de razão* que são intrínsecos ao Direito que não podem afastados, como também se constata quando o empirismo é excessivamente adotado como fonte de conhecimento, perdendo os elementos que dão unidade ao sistema, sedimentando a sua estrutura teórica.

Além disso, os nexos que existem entre *fatos* e *regra jurídica* são um dos problemas nucleares pelo Direito, desse modo, estando acertada a consideração da *fonte fatural*, porém, sendo na prática inviável a redução do Direito a esta fonte.

As concepções que derivam da fonte fatural, embora não possam ser utilizadas integralmente para a constituição do pensamento jurídico, foram valiosas para que fosse revelada a especificidade do objeto jurídico, ao passo que

¹⁴¹ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58.

¹⁴² REALE, Miguel, *loc. cit.*

¹⁴³ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 58 e 59.

reconheceu que “algo alheio ao mundo da natureza e igualmente alheio ao mundo das ideias, algo que não se explica nem se entende, mas que se intui, se experimenta emocionalmente, se *vivencia*, produziu autêntica revolução na atitude científica relacionada com o direito”¹⁴⁴, precisamente, com isso, determinando a diferença específica do direito, enquanto *objeto cultural*, e, assim, sendo pensado a partir da *compreensão*, “isto é, a intuição do fenômeno em sua totalidade, inclusive os valores que lhe são essenciais.”¹⁴⁵

Dada essa incessante inconciliação entre os fundamentos do Direito que próximo a metade do século XX difundia-se no mundo jurídico propostas teóricas que tinham como foco central a busca pela lógica própria do direito, da preocupação de “reencontrar as bases da autonomia gnoseológica e metodológica da sua disciplina, preservando aquilo que o direito teria de específico frente às ciências que apenas descreviam a realidade social”¹⁴⁶, assim, buscava-se revelar o direito em sua especificidade, afastando do modelo das ciências sociais, que não o conforma completamente, desse modo, buscando definir as condições validade e o método próprio ao conhecimento jurídico.

É, por exemplo, o que inspirava Hans Kelsen, quem desejou “purificar” a ciência jurídica, produzindo um discurso que fundamentasse a si mesmo, alheio às considerações político-ideológicas ou empírico-sociológicas, outrossim, foi o que efervesceu a retomada da *tópica jurídica*, em outra manifestação, a Nova Retórica de Chaim Perelman, ou mesmo do próprio interesse visado por Michel Villey que buscava compreender a *fonte* do Direito.

Sob a mesma mentalidade Luiz Fernando Coelho afirma que a metodologia das ciências jurídicas “reflete a metodologia do conhecimento científico e geral, sintetizada em termos de dedução ou indução, racionalismo ou empirismo”¹⁴⁷, porém, ressalta que o direito incita algo de diferente, que o distingue dos objetos da natureza e dos objetos do espírito, dos mundos das ideias, existindo algo de específico que o subjaz, o fator axiológico-normativo do fenômeno jurídico,

¹⁴⁴ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 49.

¹⁴⁵ COELHO, Luiz Fernando, *loc. cit.*

¹⁴⁶ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia: Síntese de um milénio**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 433.

¹⁴⁷ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 299.

incorporando os valores da sociedade e pretendendo oferecer uma condução desses em benefício da coletividade.

O ofício do jurista, portanto, não é o de ordenar as fontes do direito, deve esse ser entendido em sua especificidade, de “arbitrar entre os interesses dos pleiteantes, não em ordenar meios e pô-los a serviço de um objetivo predeterminado; ele deve escolher entre objetivos.”¹⁴⁸ É invariavelmente, pois, resultado de uma *escolha*, a qual deve ser fundamentada em um *raciocínio jurídico*.

¹⁴⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 228.

4 RACIOCÍNIO JURÍDICO E ARGUMENTAÇÃO: ALGUNS ELEMENTOS TEÓRICOS

4.1 RACIOCÍNIO JURÍDICO E SUA PROBLEMÁTICA

O raciocínio jurídico está presente de forma inseparável ao Direito, como pudemos analisar, decorre da própria especificidade da ciência jurídica, significando que toda manifestação do direito é realizada por um prisma deste, sendo relevante especialmente para um dos problemas fundamentais ao Direito, da *decidibilidade*, no tocante de que não poderá se verificar da decisão a não ser sob o exame do raciocínio que é adotado pelo jurista frente à situação em seu cotejo.

O *raciocínio*, segundo Chaim Perelman, “designa tanto uma atividade da mente quanto o produto desta atividade”¹⁴⁹, desse modo, pode ser objeto de estudo, por diferentes perspectivas, culturais, sociais, psicológicas, permitindo compreender as razões, motivações, influências que constituíram o raciocínio e também o examinando de maneira objetiva, pela estruturação das premissas e conclusão, o vínculo que as une. Em suma, é um canal que permite avaliar a solução encontrada por determinado intérprete.

É, assim, a exteriorização do pensamento jurídico, e ponto fulcral no debatido tema do *controle das decisões judiciais*, referente há sempre presente indagação, desde que o juiz tomou a centralidade da solução jurídica, de como *limitar a atividade dos juízes*, garantindo que as decisões judiciais sejam justas e efetivamente alinhadas ao direito. É bem possível, nessa discussão, que o raciocínio jurídico nunca deixe de ser o elemento que se deve dedicar maior preocupação, por ser aquele que distingue entre o acerto ou o erro das decisões judiciais, o que até agora se confirma à luz da presente configuração da experiência jurídica, é dizer, não se atingiu meio melhor de controle das decisões judiciais do que a avaliação da raciocínio jurídico de seu julgador, na prática, realizada pelas “instâncias revisoras”, qualificadas como graus superiores.

Sobre o tema lança-se luz, melhor retratando, é sobre este direcionado o holofote por marcantes autores do século XX e XXI como Theodor Viehweg, Karl

¹⁴⁹ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p.1

Engisch, Chaim Perelman, Ronald Dworkin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, entre outros, cada sob uma perspectiva própria, as quais todas, aqui, não precisam ser cuidadas em detalhe, interessa mais, entender a sua presença no Direito.

Desse modo, o raciocínio jurídico é parte integrante do problema de dar soluções, logo, visando, por este, assentar a conclusão juridicamente aceita e adequada e, ainda, valorativamente justa, portanto, está no âmago do problema do Direito.

O *raciocínio*, propriamente, “é um conjunto ordenado e coerente de juízos”¹⁵⁰, ou seja, uma *combinação de* juízos que fazemos visando investigar e revelar um conhecimento, através da relação de *conceitos*, não só isso, como também transmiti-lo, para isso, formulamos juízos, os quais, necessariamente, dependem de uma “congruência”, quer dizer, devem ser coerentes entre si, logo havendo um nexó lógico que os junte. Essa é a base para que se considere algo como um raciocínio, e, ainda, para que se possa falar em ciência, como explica Miguel Reale:

Não é possível haver ciência, é claro, sem esta operação elementar de enunciar juízos e de combinar juízos entre si. A ciência implica sempre uma coerência entre juízos que se enunciam. É necessário que os enunciados — e a enunciação é a essência do juízo — não se choquem nem se conflitem, mas se ordenem de tal maneira que entre eles exista um nexó comum que lhes assegure coerência e validade.¹⁵¹

Complementa que o “juízo, portanto, é a molécula do conhecimento. Não podemos conhecer sem formular juízos, assim como também não podemos transmitir conhecimentos sem formular juízos. A expressão verbal, escrita ou oral, de um juízo, chama-se proposição.”¹⁵² Além disso, o juízo implica em uma “pretensão de verdade”, pois afirmando aquela determinada explicação a considera como verdade, muito embora possa ser mera pretensão.

No plano jurídico, o jurista faz operações intelectuais, trabalhando com a *dogmática* que lhe é apresentada, para cumprir adequadamente a sua tarefa de *decidir*, nos moldes do direito vigente. “Neste processo o jurista *raciocina, valora e*

¹⁵⁰ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 59

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 59 e 60

¹⁵² REALE, Miguel, *loc. cit.*

*decide*¹⁵³ e como acentua Luiz Fernando Coelho o ato decisional não se resume ao provimento jurisdicional, logo, à decisão judicial, “pois todo ato juridicamente relevante implica uma opção entre valores conflitantes, portanto, uma decisão”¹⁵⁴, é maior, portanto, a abrangência da decisão jurídica, a qual é operação complexa, um ato de cognição que, com efeito, não é constituído exclusivamente de elementos lógicos, mas também por fatores subjetivos, de cunho emocional.

O *raciocínio jurídico*, assim, não compreende somente os elementos dogmáticos do direito, na consideração dos seus aspectos normativos, como compreende também, necessariamente, as valorações acerca do *justo*, ressaltando ainda mais a participação do jurista já que constrói os conceitos, juízos e raciocínios ativamente, sob a apreciação de atos específicos, juridicamente relevantes. Assim, atos de raciocínio jurídico que compreendem o conhecimento.

Desse modo, sempre será da maior preocupação do jurista entender como se constrói uma solução jurídica para um determinado caso concreto. Constatada a disputa entre duas ou mais pessoas, como o direito deve ser aplicado, como o jurista deve reagir e se comportar.

É importante anotar a diferença entre a perspectiva do filósofo e a do jurista, ao passo que enquanto a filosofia é “total”, no sentido de que a suas análises sempre contemplam a parte de um todo, assim, visam objetos universais, exteriorizados, podendo escolher uma parte da realidade para a reflexão, mas jamais desconsiderando a totalidade e as “causas”, por ser também eminentemente “radical”, isso é, vinculada às raízes, às origens. O Direito, por sua vez, principalmente quando encarado pelo problema da decidibilidade se ocupa de situações contingentes, os casos concretos, cuja análise nem sempre exigirá uma “reflexão total” ou mesma profunda acerca das causas, até porque isso tornaria impraticável o ofício do jurista, razão a qual seu objetivo não é de alcançar uma “verdade estável”, mas uma solução concreta. Assim, “o direito parece provir do ‘intelecto prático’, não do ‘intelecto especulativo’.”¹⁵⁵

Dessa forma, qual é o método específico à disciplina jurídica? Se o Direito renuncia a pretensão de estabelecer verdades estáveis em nível de decisões

¹⁵³ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 96

¹⁵⁴ COELHO, Luiz Fernando, *loc. cit.*

¹⁵⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 281.

jurídicas, o que nem sempre pode ser assumido enquanto as suas considerações teóricas, desconsiderando, assim, em certos casos concretos, e em certa medida, a compreensão da decisão no lugar ocupado na figura total da realidade, ou das “causas” que enunciam os meios que levam à tomada da decisão, quais são os elementos que podem ser tidos como característicos de seu *método*?

Michel Villey, pensando justamente sobre a base filosófica que envereda o pensamento jurídico, e daí buscando extrair o fundamento que seja determinadamente específico à ciência jurídica, conclui que “a arte de disputar, de controverter e de extrair a decisão da controvérsia está no coração do método do direito.”¹⁵⁶

É claro que tal enunciação é pertinente para a compreensão do fenômeno jurídico, e essencial na atividade prática do direito, sendo propícia a crítica de que corriqueiramente o Direito é mais visto sob a sua perspectiva formal, contendo-se os seus aplicadores, os juristas, a resolver os conflitos pela mera atenção aos dados formais, da Lei, da jurisprudência, em uma análise meramente analítica da relação, perdendo de vista a disputa que deve ser resolvida cuja solução, por vezes, não reputa-se justa a partir da consideração desses instrumentos formais.

Assim, qualquer tentativa de explorar o método jurídico contemporaneamente deverá abarcar, em realidade, uma série de *problemas* que se apresentam para o avanço nesta matéria, a partir de uma elucidação maior da metodologia particular do Direito, não só isso, mas também de constituí-la em algo operacionalizável e passível de recepção pelos seus operadores.

Nessa esteira, próxima à observação acima, da importância de se enaltecer a qualidade de disputa e de valores envolvidos em cada caso submetido ao cotejo do Direito, é de se pontuar, em decorrência do analisado no capítulo anterior, que a primeira influência que a decisão judicial recebe é a opção pela *fonte de direito* que embasa a construção do raciocínio jurídico de seu pensador. Assim, por estar diretamente ligada ao próprio conhecimento do direito é evidente que a depender da fonte adotada a decisão poderá transitar para rumos e conclusões divergentes, ou seja, se associado à *fonte ideal* terá mais facilidade o julgador a considerar os aspectos *dedutivos* para a identificação e aplicação das normas jurídicas, fazendo isso pela apreensão racional. Por outro lado, adotada à *fonte fatural* será mais

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 235.

provável que o problema seja resolvido pela via da *indução*, o que significa, dos fatos para a solução de direito

Porém, como já vimos, essas fontes são insuficientes em certa medida, e, pois, passíveis de crítica, o que também se reflete nos *raciocínios jurídicos* construídos a partir destas e, ademais, difícil de distinguir puramente a diferença entre as fontes, devido ao alto grau de confluência que o saber jurídico recebera de cada, resultando, de um lado, no aumento da incerteza e indefinição.

Na tarefa de decidir os casos existem vários instrumentos à disposição para que se atinja a solução de direito, sem dúvidas, o mais fundamental, em nossa cultura, é a lei, tanto de perspectiva de relevância para a sociedade, como também para o corpo especializado de juristas, embora, com efeito, cresça o uso dos precedentes, tanto em nível doutrinário quanto à consciência do Poder Judiciário sobre a sua importância.

Um efeito perceptível de tal cenário é o aumento dos “conflitos de métodos”, pois esses instrumentos permanecem no mundo jurídico sem uma explicação integral acerca da sua utilização, principalmente podendo se verificar a contradição entre esses em algumas situações. Ocorre, assim, que o jurista vive perdido, sem uma saída clara e, com isso, aumentando a aversão à certeza do direito.

Esse problema decorre da incerteza que paira as fontes do direito, e também é fruto de uma indefinição acerca dos fins da atividade jurídica, como destaca Michel Villey, há uma superabundância dos fins, muitas vezes contraditórios, e de difícil conciliação, porém sem um tratamento que determine o assunto, restando o vazio, “o jurista sente-se dilacerado entre estas diferentes direções, como um cavalo puxado à direita e à esquerda; ninguém se arrisca a fazer uma escolha”¹⁵⁷, e agregado a esta, ocorre ainda com cada vez maior força o desprezo dessas pelas causas eficientes, acrescentando mais uma variável para tornar mais complexa a operação.

Assim, sobre o “conflito dos métodos” explica Michel Villey:

Conflito dos Métodos (*Methodenstreit*), em que se discutia o que significa “a interpretação”, “a subsunção” dos fatos à lei, “a livre pesquisa científica”, “a jurisprudência teleológica” etc. Os procedimentos que os juízes seguem

¹⁵⁷ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 179.

para chegar à sentença são muito diferentes conforme o país, como mostram os comparatistas, ou de um setor do direito a outro.¹⁵⁸

Mesmo se tomada para análise exclusivamente a Lei, como um dos instrumentos para a tomada da decisão judicial, se verifica que os problemas não são menores, vez que temos uma gama de textos, porém, muitas vezes contraditórios e evocando sentidos distintos, ou de cognição inequívoca. Assim, cabe ao jurista “escolher numa massa de textos que não compõem de modo algum uma ‘ordem unitária’. Interpretá-los, ou seja, eventualmente corrigi-los”¹⁵⁹, tarefa que não pode ser reputada como agradável, pois aumenta a possibilidade de decisões divergentes, especialmente, quando, nessas circunstâncias, resta “impossível descobrir, para cada caso, uma única solução a partir de textos contraditórios.”¹⁶⁰

Agrega-se como *problema* específico ao *raciocínio jurídico*, além da disparidade de *fontes do direito* e do *conflito de métodos*, a avaliação de Neil MacCormick sobre o caráter argumentativo dos procedimentos jurídicos, uma vez, não obstante asseverar que esse seja inerente à estrutura jurídica, suscita que tem a consequência de autorizar o questionamento de quaisquer premissas jurídicas que sejam dirigidas em concreto, amplificando, dessa forma, a indeterminação.

Assim, vê-se, segundo o jurista escocês, que

a indeterminação do Direito não é apenas (ainda que seja também) resultado de o Estado comunicar suas normas em linguagem natural ('oficial') e de essa linguagem ser afetada pela ambiguidade, vagueza e textura aberta. Ela também resulta e é em alguma medida amplificada pelo devido reconhecimento de 'direito de defesa' em qualquer contexto de acusação penal ou contencioso cível. Cada dúvida que possa ser levantada contra a acusação penal ou contra o autor de uma ação cível, quer diga respeito aos fatos, quer ao Direito, é uma dúvida que pode ser levantada pela defesa.¹⁶¹

Desse modo, em que pese o citado “direito de defesa”, o qual se atrela invariavelmente ao caráter argumentativo do Direito, seja direito legítimo, algo não negado por MacCormick, mas sim enaltecida a garantia deste, ocorre que a sua inserção possibilita a proliferação de *disputas*, sobre as mais variadas formas, de

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 12.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pág. 223.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pág. 222.

¹⁶¹ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 36.

interpretação e identificação de normas, conhecimento e caracterização de fatos, ou seja, “quaisquer alegações de fatos ou de direito que os órgãos estatais por sua própria vontade ou movidos pela vontade de litigantes privados, possam apresentar como bastantes a ensejar a atuação coercitiva do Direito”.¹⁶²

Ainda, ao jurista não é certo os limites da sua atividade, especialmente quando em exercício prático da sua função, de cara à questão da decidibilidade, lhe sendo difícil precisar até que ponto pode e deve investigar os pressupostos dos meios da decisão judicial, isso é, quanto deve avaliar as *fontes primeiras do conhecimento jurídico* para fins de seu exercício cotidiano, com efeito, tratar isso de forma padrão levará à reflexões intermináveis, as quais reconhecidamente não há espaço no Poder Judiciário, questionar incessantemente a Lei, os precedentes, buscando sempre por suas “causas” será inconsistente com os anseios pragmáticos, embora fosse mais preferível da perspectiva da qualidade das decisões judiciais. Já vimos, nesse sentido, que a sua tarefa não é a mesma do filósofo, assim, em tese, não precisaria se preocupar com as causas que originam os instrumentos, contudo, não pode isso ser levado ao extremo. A diferença central que se identifica é que o jurista não especula, mas sim compreende, para que possa efetivamente aplicar.

O *fim* que se busca e almeja é a concretização do “justo”, o qual, porém, é desconhecido, desvelá-lo é o que procura a “arte jurídica”¹⁶³, é uma perseguição incessante do direito pelo “justo”, que se refaz de tempos em tempos, ou seja, é sempre revisável pelas constantes modificações e alterações sofridas pela sociedade. Assim, é uma ilusão que o direito seja algo “existente e definitivamente estabelecido - quer se trate dos textos positivos ou dos fatos sociais”.¹⁶⁴

Na verdade, nesta empreitada o direito não pode se confundir com as leis, a jurisprudência, os costumes, ou quaisquer “fontes do direito” que são *resultados* do conhecimento jurídico derivado ou de um *ideal* ou de uma concepção acerca do *real*, de um *fato*. Assim, revela-se o direito como algo muito mais complexo, não se resumindo às fontes formais, de que “a lei, a jurisprudência e os costumes são apenas alguns dos meios de expressão deste fenômeno, e que um dos elementos

¹⁶² *Ibidem*, p. 35.

¹⁶³ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 429.

¹⁶⁴ *Ibidem*, pág. 430.

mais importantes que entram na sua concepção é constituído pelo conjunto de valores jurídicos, integrados na justiça.”.¹⁶⁵

Dessa forma, assenta Luiz Fernando Coelho que as valorações que compõem os raciocínios jurídicos, “constituem o componente ideológico do direito”¹⁶⁶, revelando, assim, que este processo possui em sua constituição elementos de ordem intuitivos e emocionais, evidenciando, por efeito, que o pensamento analítico, fundado nos tradicionais paradigmas lógico-formais, é insuficiente como meio de efetiva realização do direito, superando antigo pressuposto considerado intocável no método jurídico.

Há princípios implícitos e necessários ao Direito, como também acontece com qualquer ciência, tratando esses de “*verdades válidas para um determinado campo de saber, ou para um sistema de enunciados lógicos*”¹⁶⁷, sem os quais se estaria privando a substância lógica que ampara a estrutura científica, no caso Direito, privando-o dos princípios que condicionam as suas normas jurídicas e as atribuem significados, para além da sua origem formal.

Portanto, a conclusão que se pode chegar diante de tal análise é de que a aplicação do direito, voltada para a questão da *decidibilidade*, e de base das noções atinentes ao conhecimento jurídico, não se cingem a mera apreciação dos seus meios de aplicação, assim, não cabe ao jurista meramente verificar a Lei, a jurisprudência, e buscar nesses a adequação ao caso concreto, há algo a mais, de maior substância, lógica e axiológica que deve também ser considerada quando enfrentado os conflitos em busca da solução jurídica.

Nesse sentido, elucida Luiz Fernando Coelho que

Fica destarte preliminarmente estabelecido que a finalidade do conhecimento jurídico, ou seja, do cientista do direito, do advogado, do promotor de justiça, do juiz e do tribunal, ao decidir, não é definir aquilo que está contido nas leis, mas realizar os valores do direito, tornar efetiva a justiça, de preferência com a lei, mas se necessário contra ela.¹⁶⁸

¹⁶⁵ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 83.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 32.

¹⁶⁷ REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 62.

¹⁶⁸ COELHO, Luiz Fernando, *op. cit.*, p. 83.

Assim, por mais que se produzam atos normativos, e continuemos em mesmo ritmo mantendo os antigos, por mais amplas que os conjuntos dos textos possam ser, esses nunca darão conta de todo o corpo jurídico.

Ainda, sendo importante considerar, de outro lado, que, em grande parte, a crise da teoria do direito que se verifica na atualidade é corolária, em particular, da forma de manejo dos seus instrumentos, agravada pela admissão de princípios considerados metajurídicos, o que acresce à lógica jurídica variáveis que espraiam, alargam as possibilidades do raciocínio jurídico, para possibilidades imensuráveis.

Por fim, há algo de específico ao Direito, em função daquela característica diferente da Filosofia de que naquele não se almeja a busca pelas “verdades estáveis”, em termos de decisão jurídica, o objetivo é de estabelecer um término ao conflito, “no sentido de impor um termo, de impedir a sua continuação”¹⁶⁹, mesmo que a decisão não elimine as divergências, mesmo, ainda, que o seu raciocínio seja fundado em uma pretensão de verdade, a qual poderá ser caracteristicamente provisória. O poder da decisão jurídica é o de pôr fim a um conflito.

Como dito, o direito não é algo fixo e assim também não é a atuação de seus intérpretes ao longo das diferentes épocas. O que existe é uma clara distinção entre as formas de se raciocinar juridicamente cuja variação decorre do próprio pensamento jurídico de cada época, o que será tratado a seguir.

4.2 ANOTAÇÕES SOBRE A TEORIA DO RACIOCÍNIO JURÍDICO EM PERSPECTIVA HISTÓRICA À LUZ DAS FONTES DO DIREITO

As *fontes* do direito, enquanto primeiras ao conhecimento jurídico, como pressupostos, pois, para a definição e distinção daquilo que é jurídico do que não é, representam o ponto de partida para a estrutura de qualquer raciocínio, assim, inequivocamente, há uma relação entre essas e o raciocínio jurídico, importando principalmente para a consideração de que o *raciocínio jurídico* é formado por formas diferentes ao longo da história.

Disso, decorre, pois, que a atuação dos juristas, na apreciação e utilização dos instrumentos jurídicos, dos *meios de expressão do direito*, variou em cada

¹⁶⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

momento histórico, com isso, ocorre que os resultados possíveis da decisão judicial não são os mesmos. Portanto, é diante de uma certa concepção acerca da produção do conhecimento jurídico que o *modo de raciocinar* dos juristas é concretizado.

Adota-se aqui, como orientação geral, a análise de Chaim Perelman, que defende que o *raciocínio jurídico* sofre de mudanças históricas a partir da ideologia que guia a atividade dos juízes, do entendimento que se tem sobre o papel do Poder Judiciário e da sua relação com o poder legislativo. Assim, explicita que podem ser divididos três grandes períodos, o primeiro, da escola da exegese, que data até 1880, o segundo, da escola funcional e sociológica, até 1945, e o último, caracterizado por uma concepção tópica.¹⁷⁰

O final do medievo fora marcado pela tentativa de se construir sistemas gerais do direito, arrumando logicamente os seus princípios, em sistemas pretensamente coerentes e sintáticos, sendo importante salientar que essa pretensão também impôs uma mudança nos instrumentos lógicos-conceituais disponíveis, o que se trata de consequência natural, pois modificada a própria base teórica do Direito comina uma alteração a respeito da sua aplicação, já que modificada a própria forma com que esse é organizado, e, consecutivamente, com é conhecido por seus intérpretes.

Desse modo, descreve António Manuel Hespanha que além da exigência teórica que era proposta pelos pensadores, consistente no estabelecimento de um sistema geral do direito, havia também uma razão de ordem prática que motivava os juristas naquela época, de realizar uma simplificação dos meios de direito, "pois as subtilezas da ciência jurídica dos Comentadores, além de desnecessárias, tornavam-se opressivas e incômodas."¹⁷¹

Assim, afirma o historiador português que o discurso do século XVI se baseava em um "repúdio da complicada dialética aristotélico-escolástica" adopção de uma dialética jurídica simplificada, natural, próximo do senso comum", tratando-se de "abandonar as complicadas argumentações dialéticas dos bartolistas e a tratar os problemas de uma forma " popular" (populariter), ao alcance do povo".¹⁷²

¹⁷⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 29.

¹⁷¹ HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia**: Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005, p. 253.

¹⁷² *Ibidem*, p. 254.

Tal intenção fora substancial ao raciocínio jurídico, modificando a forma pela qual os juristas expressavam o direito e buscavam as soluções jurídicas, a unificação do direito num sistema lógico-conceitual atribuiu segurança à resolução dessa tarefa, pois passou a ser dirigida por um conjunto de axiomas, logicamente concatenados, do sistema jurídico, isento de contradição, substituindo a hesitação e contradição que imperava no sistema incompleto dos Comentadores.¹⁷³

O jusracionalismo consolidado nessa época encampa uma *fonte ideal* acerca do Direito, que perante o raciocínio dos juristas teve particularmente o efeito de acrescentar a noção de regras universalmente válidas, pois defendia-se a existência de valores naturais, corretos e identificáveis da razão, conforme concebia, pois, a doutrina do direito natural marcante por todo o período da modernidade.

Chaim Perelman também reconhece que a proposta era de elaborar “sistemas de jurisprudência universal”, como um sistema de direito puramente racional, o qual remete a um direito ideal, e que, segundo o autor nada mais é que um sistema de moral universal. Explica, pois, que a intenção desses teóricos racionalistas era de “elaborar um sistema de direito justo, uma jurisprudência universal, inteiramente fundada em princípios racionais, independentes em sua formulação e em sua validade do meio, tanto social quanto cultural, que os viu nascer e daquele que deveriam reger.”¹⁷⁴

Em outro viés, cujas ideias também foram assentadas na modernidade, consolida-se a doutrina da divisão dos poderes de forma que a produção do direito fora centralizado pelo Poder Legislativo, “somente ao legislador cabia a revelação do direito natural, restando ao juiz apenas o papel de aplicar o direito legislado aos casos concretos.”¹⁷⁵ Assim, limitava-se a amplitude da atividade dos juízes, quem aplicavam o direito sob a noção de um direito natural, que legitimava a transmissão do poder do povo para o legislador, porém restringindo-se à observação da lei, não analisando propriamente o direito natural que as embasava.

Portanto, nesse modelo o raciocínio jurídico é mediado pela lei, a qual refletia as regras naturais, conforme apreendidas pela racionalidade do legislador,

¹⁷³ HESPANHA, António Manuel, *loc. cit.*

¹⁷⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 16 e 17.

¹⁷⁵ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 170.

contudo, “os juristas não poderiam questionar a validade da lei com base em argumentos jusnaturalistas.”¹⁷⁶

Nesse rumo, a atividade da decisão jurídica limitava-se à interpretação das regras jurídicas em busca de seu sentido original tal qual havia sido cogitado por seu agente produtor, ainda da qualificação dos fatos relevantes, o qual se dava pela análise da situação fática à luz dos conceitos normativos vigentes procurando uma identificação entre esses, um enquadramento, o qual se verificado, resultava na aplicação do direito, ou seja, pelo conhecido processo da subsunção, de enquadramento dos fatos às normas.

Dessa forma, a pretensão do positivismo legalista, isso é, do direito reduzido à lei teve o efeito de impelir o raciocínio jurídico a uma dedução, isso é, extrair as soluções de direito tão somente como consequências específicas das normas gerais fixadas na Lei, restringindo a função dos juristas quanto a elucidação do conteúdo do sistema jurídico, para mero esclarecimento da lei, como consequência se acentuou o apego à literalidade, “o jurista sempre deveria dar prioridade à literalidade da lei, evitando perder-se nas sutilezas hermenêuticas que o poderiam desviar do seu verdadeiro sentido”¹⁷⁷, tratando, por isso, da máxima redução da capacidade criativa do juiz.

É na Revolução Francesa que esses preceitos se colimam, como observa Chaim Perelman, se identificando “o direito com o conjunto das leis, expressão da soberania nacional, sendo reduzido ao mínimo o papel dos juízes, em virtude do princípio da separação de poderes.”¹⁷⁸

Situa-se essa forma de raciocínio jurídico no campo da *lógica formal* a qual define o direito como estrutura lógica-formal de juízos e proposições, cujo escopo é a “construção de um sistema de normas rigorosamente axiomatizado, segundo os princípios da lógica tradicional da consequência”¹⁷⁹, assim, em um modelo que partirá de conclusões do tipo: se “A” então “B”, um modo racional de subsumir fatos

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 171.

¹⁷⁷ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 187.

¹⁷⁸ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 23.

¹⁷⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 48.

a normas. Desse modo, o pensamento jurídico se restringe às intelecções lógico-analíticas e processos dedutivos.

O pressuposto para a referida lógica é de que “o juiz recebe do legislador as normas e que o jurista conhece os fatos do mundo, resta-lhe apenas realizar uma operação quase-mecânica para verificar a adequação entre o fato e a norma”¹⁸⁰, reduzindo, pois, o raciocínio jurídica a uma operação *lógica dedutiva*, que infere as normas jurídicas, conhecem-se os fatos, e “encaixam-se” estes sobre aqueles, chegando à solução aplicável, logo, retratando as *decisões judiciais como pensamentos silogísticos*, nos quais há uma premissa maior, as normas jurídicas, e as premissas menores, os fatos, com isso, defendiam que o processo de tomada da decisão, por ser baseado numa lógica, formalmente válida, seria objetivo, atribuindo segurança e previsibilidade ao campo jurídico.

Em suma, ocorrera uma demarcação da função do juiz, a qual “não deve ser a de criar normas jurídicas nem a de interferir no sentido das regras existentes, restando-lhe apenas extrair das normas as consequências logicamente adequadas.”¹⁸¹

Assim, como escola da exegese, entende Perelman, a vertente do pensamento jurídico que conduziu a uma pretensão de reduzir o direito à lei, com isso, visando extirpar do raciocínio jurídico qualquer parcela de interpretação, sob o fundamento de que “o código nada deixa ao arbítrio do intérprete.”¹⁸², com a apreciação pelo autor de que são raras as situações que a atividade do juiz se resume a silogismo, por dificuldades e complexidades que se apresentam em todos os níveis de premissas e à conclusão.

Com o desenvolvimento das ciências, sobretudo, aquelas denominadas como da “natureza”, ganhando espaço a sua metodologia e, inclusive, influenciando, sobremaneira, os demais saberes, ao Direito fora incorporado a redução do seu objeto a elementos fundamentais, através da decomposição do direito em conceitos, os quais seriam instrumentalizados por meio dos seus intérpretes e aplicadores.

Nessa esteira, não se restringiu ao significado do direito positivo, que era visto como algo imanente, da vontade do legislador, mas fora esse articulado com os

¹⁸⁰ COSTA, Alexandre Araújo, *op. cit.*, p. 192.

¹⁸¹ COSTA, Alexandre Araújo, *loc. cit.*

¹⁸² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 32.

conceitos jurídicos, o qual conferiu um outro nível de sistematização ao Direito, resultando no desenvolvimento de uma mentalidade formalista, em que a solução era medida pelo aparato conceitual construído pelos juristas.

Claro que se tratando de um processo histórica que, inclusive, corria em paralelo, principalmente entre França e Alemanha, foi o correr da história que deu conta de unir o formalismo conceptual ao legalismo, no tempo que se identifica o ápice do Estado Liberal.

Assim, o raciocínio jurídico era eminentemente *formalista*, o que significa que sua análise se restringia em aplicar objetivamente o direito legislado aos fatos concretos, sem consideração de argumentos axiológicos ou teleológicos.

O que importava era a interpretação coerente com o sistema de normas e conceitos construídas pelo legislador e pelos juristas. Assim, no Direito era da maior importância a “coerência interna do sistema normativo e conceitual, inexistindo espaço para questionar a legitimidade do próprio sistema e das soluções que ele oferecia.”¹⁸³

A consequência foi a perda do ideal da justiça e os fins do direito, como se o direito fosse impermeável a essas considerações, não incidindo sobre relações entre pessoas. Com a crise do Estado Liberal, e a ofensiva que se formou contra os Códigos, formou-se uma conjuntura apta a alterar a base do pensamento jurídico e consequentemente do seu raciocínio.

A inadequação desses sistemas normativos lógico-formais foi averiguada quando verificada a sua insuficiência para a realidade cambiante da vida social, quando também decairá o próprio acolhimento da *fonte ideal* do conhecimento jurídico.

Perelman trata especificamente desta crítica em relação à Escola da Exegese por ele aludida, ressaltando da sua incapacidade dar conta das transformações sociais, pois segundo a concepção defendida pelos seus autores o intérprete deve confirmar o seu julgamento à vontade da lei, seja qual for a consequência. Assim, crítica que nessa perspectiva, o juiz mais deve se preocupar com o que queria o legislador quando concebeu a legislador, do que buscar a

¹⁸³ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método:** diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 242.

interpretação mais razoável, a que permitiria a “melhor” solução, a mais equitativa ao caso particular, de acordo com o direito vigente.¹⁸⁴

Tratar o raciocínio jurídico meramente como uma análise dedutiva não fora suficiente para dar conta das necessidades práticas, não se preocupar com o caráter justo, razoável ou aceitável da solução, somente dar a sentença conforme a lei, revelou-se desastroso para o Direito. Suscita Perelman que a utilização das técnicas de *lacuna* e *antinomia*, além das técnicas de *qualificação* e *interpretação*, foram utilizadas para ampliar o papel do juiz e emancipa-lo progressivamente das amarras do legislador.¹⁸⁵

Ainda pelo desenvolvimento dos discursos científicos, estimulados pelo crescimento das ciências da natureza, propugnou-se também à ciência jurídica um método ao estilo dessas, assim, de construção indutiva.

Nesses parâmetros, o raciocínio jurídico deixou de suportar o conhecimento de princípios naturais e imutáveis, tampouco valorizou a vontade do legislador como meio de expressão do direito, muito menos exclusiva, ao revés, aos juízes incumbiriam buscar o direito “na história, pois o direito é uma criação histórica e deve ser entendido como tal. Não cabe ao juiz mudar o direito, mas simplesmente identificar o direito historicamente construído e aplicá-lo da forma mais objetiva possível.”¹⁸⁶

Perelman refere-se a essa nova perspectiva sob o nome da Escola funcional e sociológica, que identifica como o segundo momento da teoria acerca do raciocínio jurídico, explanando que:

Na segunda metade do século XIX, prosseguindo os esforços da escola histórica de Savigny, o estudo histórico do direito romano, tal como fora empreendidos por Ihering, conduziu gradualmente a uma mudança de perspectiva, a uma visão funcional do direito que se torna dominante por volta do fim do século.¹⁸⁷

¹⁸⁴ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 52.

¹⁸⁵ *Ibidem*, Pág. 54; 62; 68

¹⁸⁶ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 201.

¹⁸⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 70.

Afirma que o sistema jurídica não se concebe mais como algo mais ou menos fechado, que os juízes não se realizam plenamente a sua atividade com uma simples dedução a partir de textos legais, mas de que deve ser buscada a interpretação conforme a vontade, assim, em primeiro plano está “o fim perseguido, mais o espírito do que a letra da lei.”¹⁸⁸ Por isso, uma concepção funcional, de interpretar conforme o espírito a função, a finalidade.

Dessa forma, verifica-se que a escola referida por Perelman conjuga-se aos pensadores que adotam como referência as *fontes fatuais*, assumindo como pressupostos basilar de que a atividade do jurista não é redutível a mera aplicação silogística de normas a fatos, essa teoria conclama aos juízes “a adaptarem suas decisões às necessidades sociais”¹⁸⁹, ou seja, a encontrar a decisão na sociedade.

Assim, funda-se a crítica sobre a lógica formal ao direito, por entender-se que a formalidade não era suficiente, sendo estabelecida também uma preocupação em relação ao acerto “material” da decisão, ou seja, da sua justiça e aceitabilidade, o que antes era relegado em função da separação estanque dos poderes, pela qual o juiz não poderia exercer esse papel imiscuindo-se nas atribuições do legislador de sedimentar as normas jurídicas.

Logo, quando “as consequências lógicas de uma norma ou de um conceito apontavam para uma resposta socialmente inaceitável, (...) era preciso sacrificar a lógica para garantir o objetivo fundamental do direito, que era alcançar as finalidades socialmente relevantes”¹⁹⁰ passou a ser o norte de regência do raciocínio jurídico

Essa teoria de raciocínio jurídico é usualmente criticada pela vagueza de seus critérios, consubstanciando em uma grande ambiguidade de resoluções, o que tem o efeito de dificultar a tarefa do jurista. Em relação à técnica da “vontade do legislador”, por exemplo, Perelman assevera que essa não é expressa nitidamente, “ao invocar a vontade do legislador, referimo-nos a uma intenção presumida, e por vezes até inteiramente fictícia, que atribuímos a um legislador sensato”.¹⁹¹

Assim, caso existisse um método com técnicas seguras para aferir o uso das técnicas assentadas por esta escola não haveria óbices para a larga e notória

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 71

¹⁸⁹ COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica**. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 279.

¹⁹⁰ *Ibidem*, pág. 267

¹⁹¹ PERELMAN, Chaim, *op. cit.*, p. 74.

utilização e disseminação da sua concepção, porém não se identificando isso ficara substancialmente prejudicada a sua serventia.

Diante dessas circunstâncias Perelman afirma que o último período por ele identificado sobre as teorias do raciocínio jurídico surge como uma reação às concepções das escolas anteriores, assim, nega-se a identificação do direito na lei, a crítica em relação ao distanciamento do direito da justiça é endossada, bem como do arbítrio que fora concedido aos juízes, na busca da “finalidade do direito”.

Nesse momento, pós Segunda Guerra, impera “rejeitar a concepção positivista, legalista e estatizante do direito, expressão da vontade arbitrária de um poder soberano, que nenhuma norma limita e não é submetido a nenhum valor.”¹⁹²

Assim, chega-se à conclusão de que em relação à *decisão judicial* essa deve ser ponderada à luz de seu valor, se o julgamento parece razoável ou não, não admitindo-se acertado no caso da última, o que, suscita Perelman, se perdeu com o legalismo e o formalismo.

Contudo, embora se reconheça que valores como *justiça* e *equidade* sejam essenciais para o *raciocínio jurídico* Perelman também ressalta essa não podem ser cotejadas mediante mera apreciação subjetiva, o Direito não pode “menosprezar a segurança jurídica e deve, por esta razão, evitar a subjetividade e arbitrariedade”¹⁹³ e por receber a competência de julgar do Estado impede-se a este que pura e simplesmente julgue o justo do direito com que parece ser a um indivíduo. A afirmação do direito “supõe a existência de uma ordem jurídica, pois de outro modo seria impossível motivar, de modo juridicamente válido, o dispositivo da sentença.”¹⁹⁴

Conclui, portanto, de que a tarefa que se impõe ao juiz é de buscar “uma síntese que leve em conta, ao mesmo tempo, o valor da solução e sua conformidade ao direito.”¹⁹⁵ Arrematando que “somente levando em conta essa dupla exigência, que exige um vaivém da mente, da situação vivida à lei aplicável, compreenderemos a especificidade do pensamento jurídico.”¹⁹⁶

¹⁹² PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupí, p. 96.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 98.

¹⁹⁴ PERELMAN, Chaim, *loc. cit.*

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 114.

¹⁹⁶ *Ibidem*, p. 115.

Assim, nesse último período do raciocínio jurídico a problemática, segundo Perelman, com destaque para a judicial, é a de elaborar uma “dialética em que a busca de uma solução satisfatória enriqueça o arsenal metodológico que permite manter a coerência do sistema e torná-lo mais flexível.”¹⁹⁷ E, assim, é nessa perspectiva que o raciocínio jurídico adquire uma nova conformação, pelo “renascimento do interesse pela retórica e pelo raciocínio dialético”.¹⁹⁸

Sobre essa nova concepção do *raciocínio jurídico* Luiz Fernando Coelho traz uma síntese esclarecedora:

As reflexões provocadas por essa nova mundividência conduziram à revisão profunda do modo de encarar os fundamentos do direito; uma das suas primeiras consequências foi a constatação de que os princípios da lógica formal, admitidos pela hermenêutica jurídica tradicional e empregados na técnica forense, não correspondiam ao que efetivamente ocorria, quando os juristas e profissionais do direito em geral se entregavam à tarefa de criar, interpretar, aplicar e integrar o direito. Não que a lógica analítica não tenha sido instrumento utilíssimo e tenha deixado de cumprir o seu papel na realização do direito e da justiça; não que a lógica formal esteja ultrapassada como processo de raciocínio para o jurista; mas sim que, em face da descoberta de novos elementos e da elaboração de conceitos que vieram enriquecer o que se convencionou denominar “fenômeno jurídico”, surgiu um novo *logos*, mais adequado à compreensão da realidade do direito; lógica do razoável, lógica material, teoria da argumentação, pensamento tópico-retórico, lógica jurídica concreta, são algumas das denominações que têm servido para rotular as novas conquistas atinentes à construção da nova metodologia, tendo em vista o contingente, o movimento, o tempo, a realidade e a concreção, dados esses reunidos na compreensão do direito como fato.¹⁹⁹

Perelman, nessa esteira, assenta como ilação que:

seja qual for a técnica de raciocínio utilizada em direito, este não pode desinteressar-se da reação das consciências diante da iniquidade do resultado ao qual tal raciocínio conduziria. Pelo contrário, o esforço dos juristas, em todos os níveis e em toda a história do direito, procurou conciliar as técnicas do raciocínio jurídico com a justiça ou, ao menos, a aceitabilidade social da decisão.²⁰⁰

Assim, são por pensadores como Chaim Perelman e Michel Villey que se reviveu a forma antiga de pensamento jurídico, pelo qual se concebiam os

¹⁹⁷ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupí, p. 117.

¹⁹⁸ *Ibidem*, p. 120

¹⁹⁹ COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981, p. 3.

²⁰⁰ PERELMAN, Chaim, *op. cit.*, p.13

problemas de natureza jurídica pelo viés do *diálogo*, privilegiando-se o reconhecimento da *controvérsia* e a partir dessa excluir os argumentos impertinentes e despropositados, isso é, os que não preconizavam uma solução justa e equitativa²⁰¹, portanto, que não se prestavam a tingir o objetivo da *decisão judicial*.

4.3 A ARGUMENTAÇÃO JURÍDICA E CERTEZA NO DIREITO: DA RECONCILIAÇÃO PROPOSTA POR NEIL MACCORMICK

Chega-se ao momento em que o Direito está mais atrelado à justificação das suas soluções, em outros termos, esse se vê “domesticado’ pela justificação da decisão, por meio da argumentação jurídica”²⁰², tornando-se essa a garantia basilar dos cidadãos para o *controle* do Poder que as estabelece.

Desse modo, acentua-se que o *caráter argumentativo* se trata de qualidade intrínseca ao Direito, o que significa que este não pode ser compreendido enquanto objeto próprio sem a consideração de que suas manifestações se operam através dos argumentos que são aduzidos por seus intérpretes.

Nesse sentido, na teoria contemporânea do Direito destacam-se os estudos de Neil MacCormick, que aborda o fenômeno jurídico justamente pela lente da argumentação jurídica, ressaltando o autor da importância de tal temática ao adotar este caráter como “lugar-comum”²⁰³, ou seja, “ponto de partida” para seu trabalho²⁰⁴, ligando-se, assim, às circunstâncias atuais do Direito, conforme expostas na parte anterior, assim, de que no plano do *raciocínio jurídico* em voga é priorizada a qualidade argumentativa do discurso jurídico.

Assim, explana MacCormick que sempre quando os juristas se deparam com questões ou problemas de natureza jurídica, buscam “uma solução ou resposta em termos de uma proposição que pareça adequada do ponto de vista do Direito.”²⁰⁵

²⁰¹ *Ibidem*, p. 10.

²⁰² LAFER, Celso. Prefácio. In: FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação**. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 19.

²⁰³ *Lugar-comum*, é uma noção característica da teoria da argumentação. É: “antes de tudo, um ponto de vista, um valor que é preciso levar em conta em qualquer discussão e cuja elaboração apropriada redundará numa regra, numa máxima, que o orador utilizará em seu esforço de persuasão.” (PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 159)

²⁰⁴ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 19 a 21.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 19.

A resposta, portanto, decorre de um processo de construção e elaboração de argumentos possíveis, primeiro, o jurista os pensa, formulando as proposições adequadas ao Direito e propícias a gerar o resultado visado, após, confirmam esses argumentos a partir de contra-argumentos, isso é, procedem com o teste de suficiência destes, do exame de sua “força”, meio pelo qual conseguem aprimorar ao máximo a argumentação, em direção à persuasão de seus ouvintes e à própria justificação da decisão.

Desse modo, elucida MacCormick que a argumentação jurídica se trata de uma ramificação da argumentação prática, “que consiste na aplicação da razão por parte dos seres humanos para decidir qual é a forma correta de se comportarem em situações onde haja escolha”²⁰⁶, considerando que se refere a uma “habilidade prática”, sendo necessária uma combinação entre o conhecimento jurídico, fruto do aprendizado da disciplina jurídica, com a habilidade e capacidade argumentativa.²⁰⁷

Inclusive, como representativo da posição do autor merece ser lembrada a assertiva já citada alhures que indica o pensamento defendido por este, assim, de que “o Direito é aquilo que se esconde por trás dos pleitos jurídicos ou das acusações e das defesas, ele é algo sujeito à argumentação, às vezes, mas não sempre, conclusiva, mas sempre ao menos persuasiva.”²⁰⁸

Reconhecemos que o Direito possui como caráter inerente a argumentação, sendo a forma pela qual se exterioriza, porém não se podendo afirmar que este se resume à alegação das partes, seria um contrassenso às *fontes* de conhecimento que foram observadas no capítulo anterior.

Especificamente, para os fins da *argumentação jurídica*, no entanto, tem relevância o enaltecido por MacCormick a respeito da relação da argumentação com a *persuasão*, com isso, deliberadamente, se aproxima a noção argumentativa do direito à *Retórica*, de acordo com MacCormick: “a própria ideia do Direito como algo baseado na argumentação nos leva imediatamente a considerar o caráter retórico da argumentação jurídica. Onde quer que exista um processo público de argumentação, lá estará a retórica.”²⁰⁹

²⁰⁶ MACCORMICK, Neil, **Argumentação Jurídica e Teoria do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução Waldea Barcellos, p. IX.

²⁰⁷ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 20.

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 21.

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 24.

A retórica foi difundida mais recentemente por Chaim Perelman que definiu como seu objeto de estudo as “técnicas discursivas que visam a *provocar ou a aumentar a adesão das mentes às teses apresentadas a seu assentimento*.”²¹⁰

Desta definição acrescenta mais quatro observações que precisam o alcance dessa disciplina, destacando, outrossim, a sua importância para o Direito. A primeira é de que a *retórica* busca a persuasão por meio do *discurso*, tendo como objetivo último o atingimento do *acordo* entre os envolvidos, elemento essencial para a discussão que se centra em *controvérsias*; a segunda observação se refere à relação desta com os argumentos demonstrativos e a lógica formal, ressaltando que a retórica se ocupa, sobretudo, com evidências e trabalha razões de *escolha*, cujo emprego pode ser variável e destina-se a obter a adesão; sobre a adesão, o qual representa o benefício visado por esta disciplina, explana que depende da tese apresentada, ou seja, o raciocínio que é exposto, o qual possui graus diferentes de “força”, de capacidade de causar adesão, o que confirma principalmente quando o objeto da discussão são valores; por fim, afirma que a retórica “diz respeito mais à adesão do que à verdade”, é o que a distingue da lógica formal e das ciências positivas.²¹¹

No cerne da Retórica encontra-se o entendimento de que o discurso é direcionado a um *auditório*, razão a qual os argumentos construídos, buscando a persuasão, devem ser pensados relativamente a este *auditório*, o que, com efeito, trata-se de observação acurada a em relação ao Direito enquanto atividade prática, basta diferenciar os discursos em sede de júris com os sustentados em tribunais, embora ambos tratem de problemas jurídicos.

Assim, leva MacCormick a considerar que *persuasão* não se confunde necessariamente com a adequação das razões adotadas, assentando que: “a questão de uma teoria da argumentação como justificação não é saber qual argumento efetivamente convence um júri ou juiz em particular, mas qual deveria convencer qualquer instância decisória racional.”²¹²

²¹⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 141.

²¹¹ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 141 a 143.

²¹² MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 26.

Portanto, em termos de argumentação jurídica como caráter *teórico* atribuído ao Direito importa sobremaneira a constatação de que os argumentos possíveis não se tratam de questão completamente aberta, a todos os influxos e possibilidades, destinada exclusivamente à persuasão, mas de se junte a uma correspondência ao conhecimento jurídico e a uma justificação racional.

É dizer, conforme MacCormick, que "a guinada retórica na análise da razão prática não deve ser entendida como algo que reduza a aceitabilidade de um argumento a seu efetivo caráter persuasivo"²¹³.

Logo, de que a argumentação não se cinge meramente à *retórica*, isso é, não é adstrita a persuadir aqueles a que se direciona o discurso, em verdade, "a argumentação jurídica precisa ser reconhecida como um caso especial do raciocínio prático em geral, e precisa então conformar-se às condições de racionalidade e razoabilidade que se aplicam a todos os tipos de razão prática."²¹⁴

Desse modo, MacCormick afirma que isso implica em reconhecer que há um "freio fundamental no processo de argumentação jurídica", consignando que a argumentação deve ser verificada em termos de *justificação racional*, enaltecendo, pois, que os argumentos devem ser avaliados sob o prisma da racionalidade e da razoabilidade.

O pressuposto que assume para a validade de tal sustentação é de que "não há asserções sem razões", disso derivam dois pontos que merecem ser salientados: o primeiro consiste que o argumento deve ser racionalmente defensável para ser reconhecido como adequado; o segundo é de que contendo toda afirmação uma razão, toda afirmação pode ser questionada.

Assentando isso, o questionamento seguinte que é proposto pelo autor é se "pode haver um 'Estado de Direito' se o 'Direito' for algo passível de ser construído argumentativamente nesse sentido."²¹⁵

Por esta problematização MacCormick adentra questão de suma importância, que já fora tratada alhures no tocante à *decisão judicial* e ao *raciocínio jurídico*, e que agora se analisa quanto sua relação específica à *argumentação jurídica*, essa é, reconhecendo, e admitindo, o caráter argumentativo do Direito, seria

²¹³ *Ibidem*, p. 27.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

²¹⁵ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 24.

esse compatível com os valores de certeza e segurança jurídicas, almejados e exigidos pelo Direito? Ou há um contraste inconciliável?

Importa pontuar que na análise de MacCormick esse ressalta que o Estado de Direito é uma das virtudes cruciais das sociedades civilizadas, ao passo que permite a “segurança de expectativas jurídicas e a garantia do cidadão contra interferências arbitrárias por parte do governo e de seus agentes.”²¹⁶ Nesse sentido, o valor mais importante que é assegurado pelo Estado de Direito é a certeza jurídica com os princípios que a acompanham, consistindo, esse o segundo “lugar-comum” adotado pelo autor, ao lado, pois, do caráter argumentativo do Direito.

Contudo, este último, naturalmente, favorece a instalação de disputas, como suscitado pelo autor²¹⁷, favorecendo o problema de indefinição do Direito, assim, consolidando um, suposto, paradoxo entre este e o valor da certeza e segurança que decorrem do Estado de Direito.

No entanto, em resposta ao questionamento, MacCormick refuta essa constatação, afirmando que as disputas derivadas do caráter argumentativo do Direito não são sintomas de uma estrutura teórica deficiente, mas de que, além de um elemento integrante, é garantidor do Estado de Direito, ou seja, em verdade, protege a certeza e a segurança, logo, não impede a sua realização, como aparentemente nos levaria a concluir.

Fundamenta que somente há segurança efetiva no Estado de Direito quando as pessoas podem se defender, em plenitude, o que é propiciado pelo caráter argumentativo do Direito, uma vez que esse é o elemento que nos oferece a liberdade de questionar, seja as ações do Estado, sejam a de outros particulares.

Logo, adiantando a conclusão, MacCormick propugna que os dois “lugares-comuns”, que também podem ser costumeiramente associados aos “fundamentos do direito”, de um lado, a “justiça”, que atribui à finalidade à argumentação jurídica, e, de outro, a segurança, são conciliáveis, mais que isso, um assiste ao outro.

A razão de MacCormick para afirmar que esses comungam de um fundamento comum se centra na seguinte afirmação: “a ideia de Estado de Direito sugerida aqui insiste no direito de defesa de questionar e rebater a causa que lhe é

²¹⁶ *Ibidem*, p. 22

²¹⁷ Ver item 3.1.

apresentada. Não há segurança contra governos arbitrários a não ser que esse questionamento seja livremente permitido.”²¹⁸

Assim, como conclusão acerca da *certeza do Direito* afirma que: “a certeza do Direito é, portanto, uma certeza excepcionável (*defeasible*) sujeita a mudanças”²¹⁹, cuja provisoriedade é marcada pelo caráter argumentativo, em função de se garantir, dentro do modelo do Estado de Direito, o direito de defesa, de questionar e rebater.

Desse modo, verificando que os dois lugares do Direito se englobam, deriva uma outra questão, o problema de como balancear a certeza e previsibilidade com a exigência de ampla argumentação e discussão, como prever e propiciar um método que seja apto a garantir um grau razoável de certeza e capaz de considerar todos os argumentos razoáveis.²²⁰

Para se iniciar um esboço de resposta a essa indagação insta que seja verificada outra característica própria ao raciocínio e argumentação jurídica.

4.4 A SUFICIÊNCIA DA ARGUMENTAÇÃO: DA IMPORTÂNCIA DA DIALÉTICA

O raciocínio jurídico integra disciplina que é constituída por vários elementos, todos com suas especificidades e dificuldades, aos quais, assim, se poderia dedicar estudo próprio, com diferentes possibilidades. No presente trabalho, sem qualquer pretensão de exaurir o tema, tivemos a oportunidade de discorrer nas últimas passagens sobre a realidade do raciocínio jurídico enquanto as teorias que o marcaram e do alinhamento destas a uma concepção de Direito. Mas, para tanger a encruzilhada que acaba de ser aludida é necessário destacar uma das características primordiais do raciocínio jurídico, cuja reflexão ou importância nem sempre se dá com tanto afinco, principalmente pela ótica ora trabalhada, porém, cuja conclusão é tão essencial à matéria do raciocínio jurídico quanto qualquer outra consideração já tratada.

Iniciemos tal análise com uma provocação realizada por Michel Villey que ao se debruçar sobre o plano atual do direito verifica que, em plano teórico, assentou-

²¹⁸ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 37.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 38.

²²⁰ *Ibidem*, p. 41.

se a exigência de que todo raciocínio culmine numa conclusão que possa ser taxada de “justa”, assim, de que, nas construções teóricas mais recentes, as sentenças devam ser “*justificadas* e não apenas *aceitas* por efeito da persuasão.”²²¹ Em seguida, questiona o filósofo se podemos “entregar o direito aos azares da retórica”, sustentando que sob essa mentalidade as soluções jurídicas dependem, sobremaneira, “do interior”, da perspectiva dos juristas, enaltecendo, pois, o grau de subjetivismo.

Em sentido similar também considera Alexandre Araújo Costa ao aduzir sobre os resultados desta linha teórica, ponderando que o seu êxito esta sujeito à medida que “o juiz seja capaz de perceber, de forma intuitiva e direta, qual seria a solução correta do caso, o que conduziria a um grande nível de subjetivismo nas decisões judiciais.”²²²

O próprio Chaim Perelman destaca que o raciocínio jurídico se destaca das demais formas de raciocínio por raramente poder ser considerado em um binômio *correto* ou *incorreto*, afirmando que a solução adotada sempre será comprometida, em certa medida, pela personalidade do julgador, referindo-se ao valor que se atribui as razões, o que varia de um indivíduo para outro, sendo este o caráter pessoal da decisão.²²³

Também admitia Perelman que situar a decisão judicial no plano da justiça ou da aceitabilidade social tinha como consequência “introduzir ao raciocínio jurídico elementos de incerteza”²²⁴, o que, com efeito, inaugura um plano de incertezas, pois não sabe dizer de antemão qual é a justiça ou a aceitabilidade social, nem sempre será fácil resolver o mérito dessa questão, especialmente pelos desacordos serem inevitáveis, já que tratam de discussões sobre objetos essencialmente culturais que não admitem uma resposta unívoca e definitiva.

Por essa razão, e ciente dessa situação, que Perelman afirmou que “a paz judicial só se reestabelece definitivamente quando a solução, a mais aceitável socialmente, é acompanhada de uma argumentação jurídica suficientemente sólida”,

²²¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 258.

²²² COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília, p. 281.

²²³ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 8 e 9.

²²⁴ *Ibidem*, p. 13.

assim, defende o autor de que a decisão terá embasamento suficiente para se manter e de identifica esses elementos como as principais razões que arrimam as construções jurídicas, como Nova Retórica por ele apresentada.²²⁵

Nesse sentido, de se apontar que Neil MacCormick faz bem em explicar que a “retórica” não se reduz a simples aceitabilidade de um argumento²²⁶, ou seja, a mera aferição da sua persuasão, o que, como reconhece o autor, tem o efeito de atribuir uma má reputação a essa teoria no sentido de que lhe é apontada a crítica de não se presta a firmar conclusões gerais, permitindo que respostas ruins sejam reputadas aceitas por terem sido aderidas, mesmo que por um grupo ou um particular isolado, noção essa equivocada que é rebatida pela ideia de “auditório universal”, o que significa que a resposta deve estar fundamentada a ponto que possa ser acolhida por qualquer pessoa racional.

No entanto, mesmo com tal ideia não se elimina a afirmação de que a solução, por vezes, se resumirá a uma *questão*, isso é, se tratará de uma *escolha* que envolva “duas teses adequadas e adequadamente apresentadas em uma situação dialética na qual cada argumento apresentado por cada uma das partes é firmemente contestado por outro bom argumento proposto”.²²⁷

Sendo essa uma conjuntura que se observa de forma inevitável em relação ao raciocínio jurídico torna-se tanto pertinente a este quanto ao problema de compatibilizar a certeza jurídica e a argumentação jurídica, a indagação de se realmente pode-se afirmar aceita uma decisão judicial caso essa esteja tão somente justificada, em outros termos, a justificação da decisão pode em qualquer circunstância permitir a conclusão de que está deve ser aceita, sendo, pois, suficiente?

É perante este questionamento que se torna necessário uma verificação do “núcleo da lógica do direito”²²⁸, como afirmado por Michel Villey, para se entender que o raciocínio jurídico não se pauta exclusivamente em direção à *decisão*, existe uma outra face que este também deve se dedicar, a qual o complementa e dá base

²²⁵ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica: nova retórica**. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, pág. 191.

²²⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito: uma teoria da argumentação jurídica**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p.27.

²²⁷ *Ibidem*, p. 28.

²²⁸ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito: Definições e fins do direito, os meios do direito**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 261.

para a decisão jurídica, essa é a dialética, na acepção clássica do termo, de “arte de disputar”. Importante considerar que essa abarca diversas partes de suma relevância para o raciocínio jurídico, como a “seleção dos jogadores”, a “autoridade”, ou seja, quem decide, mas destacamos especificamente aquela denominada por Villey como “mescla de opiniões”, que, basicamente, se refere a *ouvir* as outras partes, escutar todos os lados e opiniões, a fim de se construir, primeiro, a argumentação efetivamente mais sólida e depois para formar a decisão mais completa.

Assim, é decorrente de que “a arte de disputar, de controverter e de extrair a decisão da controvérsia está no coração do método do direito”²²⁹, desse modo, estando a controvérsia no centro do direito, firmando as suas premissas em razão da disputa, não seria possível conceber qualquer decisão, que se pretenda legitimar com base neste, que não dê importância a um dos lados dos raciocínios que se constitui na defesa de algum direito.

Esse elemento está, com efeito, no cerne do raciocínio jurídico ao passo que, portanto, “o direito se elabora através das controvérsias e das oposições dialéticas”²³⁰, pois de nada adiantaria tal reconhecimento, de se compreender a *natureza dialética dos raciocínios jurídicos*, se os discursos de cada agente fossem separados e concentrados tão somente na análise da sua respectiva persuasão, assim, em argumentos isolados.

Logo, dado que o Direito se direciona a resolver controvérsias, esses, necessariamente, perpassam pela questão de fazer escolhas, faz parte da tarefa de decidir, o que, no entanto, não pode ser executado de modo singular, mas sim com uma conjugação obrigatória ao diálogo, para que haja efetiva e plena manifestação do método dialético, da arte de disputar.

O que também se relaciona diretamente ao objetivo do Direito, sobejamente enquanto decisão judicial, que é de “conciliar, superar as divergências, atingir uma verdade comum. Através da discussão.”²³¹

A “*discussão*”, assim, se verifica de forma presente no Direito, pois este trata predominantemente de noções eminentemente controvertidas de modo que para se

²²⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 235.

²³⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 10.

²³¹ VILLEY, Michel, *op. cit.*, p. 274.

atingir o seu objetivo de proferir uma decisão equitativa, razoável ou aceitável deve recorrer à dialética, é o meio que se reputa mais adequado para uma discussão racional, na medida que a “dialética, arte da discussão, se mostra o método apropriado à solução dos problemas práticos, os que concernem aos fins da ação, que envolvem valores.”²³²

Assim, diante de problemas cujas soluções revolvem problemas de consideração controvertida, por efeito, faltando técnicas unanimemente admitidas é que se “impõe o recurso aos raciocínios *dialéticos* e *retóricos*, raciocínios que visam estabelecer um *acordo* sobre os valores e sobre sua aplicação, quando estes são objeto de uma controvérsia.”²³³

Inclusive, tal é a importância da discussão para o Direito que temas como argumentação jurídica, dialética e retórica estão ligados desde os seus primórdios, como elucida Michel Villey: “o direito nasce no momento em que os homens envolvidos num conflito, em vez de resolvê-lo pela força, recorrem à palavra. (...) O berço do direito foi a Retórica (ciência da palavra).”²³⁴

No entanto, no decorrer da sua evolução fora cometido o grave erro de transformar os raciocínios jurídicos, do que são essencialmente diálogos, para uma “lógica do monólogo (do encadeamento dos discursos de um único locutor), quando era originariamente e segundo a etimologia, lógica do diálogo, implicando uma pluralidade de interlocutores.”²³⁵

Assim, sobre tal manifestação assevera Michel Villey que no Direito “recorre-se apenas a lógicas do monólogo: monólogos do legislador, do dogmático, do advogado...”²³⁶ Porém, suscita o filósofo francês que partindo o direito da relação entre os indivíduos, buscando determiná-las, é evidente o erro de restringir o raciocínio, que não pode resultar, por essa ótica, do discurso isolado de um indivíduo.

Dessa forma, frisa Villey que o raciocínio jurídico deve ancorar uma de suas bases na Lógica do *Diálogo*, referindo-se à essa operação não de uma perspectiva argumentativa que verifica cada participante, mas que se inspira da confrontação

²³² PERELMAN, Chaim, *loc. cit.*, p. 139.

²³³ PERELMAN, Chaim, *op. cit.*

²³⁴ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 234.

²³⁵ *Ibidem*, p. 261.

²³⁶ *Ibidem*, p. 292.

das argumentações. Assim, “não se trata de um raciocínio vertical - como na dedução que vai das premissas às consequências, das causas aos efeitos, ou reciprocamente - mas de um encontro horizontal entre as opiniões confrontadas.”²³⁷

Portanto, a argumentação não é algo que se concebe de forma estática, ela é um processo, pois contém em si uma dialética, uma observação direcionada a ouvir e confrontar, quando necessário, o lado oposto. Para a decisão, mediante a comparação, “acarretando nos menores inconvenientes e nas maiores vantagens.”²³⁸

Desse modo, verifica-se, de outro lado, que a dialética reforça a importância das técnicas de argumentação, pois essas “visam, partindo do que é aceito, reforçar ou enfraquecer a adesão a outras teses ou suscitar a adesão a teses novas”²³⁹ em forma de contra-argumentos, réplicas, favorecendo os efeitos do diálogo, da comunicação.

Com isso, não se nega, na linha do também ressaltado por Perelman, de que na seara da argumentação jurídica não se pode evitar o problema de fazer escolhas, assim, um procedimento que coloca um equilíbrio entre certeza e argumentação nunca será perfeito, sempre haverá uma tensão que se apresenta tanto nas teses que serão escolhidas como na forma de formulá-las e apresentá-las. Por essa razão, deve-se admitir que, muitas vezes, a decisão, deverá ser tomada de acordo com uma posição, isso significa que uma das soluções oferecidas por um dos discursos será acolhida, enquanto a outra, incompatível com a primeira, não..²⁴⁰

Nesse procedimento é importante, destacar, ainda que existem alguns “passos”, isso é, lugares que devem ser observados para a construção do raciocínio jurídico adequado.

Assim, indica Michel Villey que o “primeiro ato do procedimento consiste em interrogar: uma questão. Ou então um problema, constituído de opiniões múltiplas e contraditórias.”²⁴¹ No mesmo sentido, prossegue afirmando que o “primeiro momento

²³⁷ *Ibidem*, p. 265.

²³⁸ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 201 e 202.

²³⁹ *Ibidem*, Pág. 147.

²⁴⁰ PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi, p. 165.

²⁴¹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 265.

necessário em toda disputa organizada consiste em colocar o problema.”²⁴² Quer dizer, identificar a *causa*, o problema que é enfrentado, quais os seus fundamentos, provas e elementos controvertidos.

Na prática, identificamos neste início um conjunto de pontos de perspectivas, cada justificando o seu “caso”, buscando a adesão de seu destinatário, por isso que, como próximo passo, “uma vez descobertas as premissas, o dialético se porá a combater as ambiguidades da linguagem. (...) De procurar a adequação das palavras às coisas; de buscar-lhes o acordo.”²⁴³

Realizada essa etapa se chegará a um ponto de base para o desenvolvimento da discussão, assim, a partir desse momento, é em consideração dos diversos pontos de vista que o raciocínio passa a incidir sobre a “coisa”, a resposta. “A coisa é o ponto de mira da operação; a coisa, da qual nos esforçamos para obter, através da diversidade das fórmulas contraditórias, a inteligência, a intuição menos incompleta e que servirá em definitivo como árbitro”²⁴⁴

Chegando à conclusão, uma observação importante, que é corolário da própria natureza das premissas, assim, sendo essas incertas também serão as conclusões “sempre imperfeitas e provisórias. Pois não é demonstrativa. É uma pesquisa (zetética), busca da verdade. O estatuto do intelecto humano é menos o repouso do saber que a procura da verdade.”²⁴⁵ Assim, como já nos referimos em relação à retórica, se diz respeito mais à busca da verdade, mas não se subordinando a esta.

No entanto, não se permite afirmar, obviamente, que a fundamentação seja livre, que possa adotar qualquer referencial, seja ou não argumentado por um dos lados, evidentemente não se trata disso, pois, por exigência da certeza jurídica, há que ter relação com o Direito, a decisão é jurídica, não subjetiva, arbitrária.

Segundo Neil MacCormick a “solução oferecida precisa fundar-se ela mesma em alguma proposição que possa ser apresentada ao menos com alguma credibilidade como uma proposição jurídica”²⁴⁶, a qual deve evidenciar alguma

²⁴² *Ibidem*, p. 272.

²⁴³ *Ibidem*, p. 274 e 275.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 275.

²⁴⁵ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar. p. 265.

²⁴⁶ MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes, p. 31.

coerência com outros raciocínios derivados de instrumentos jurídicos válidos, como leis, jurisprudência.

Na mesma esteira contínua MacCormick:

Aqueles que produzem argumentos e decisões jurídicas não abordam os problemas da decisão e da justificação no vácuo, mas, em vez disso, o fazem no contexto de uma pletora de materiais que servem para guia e justificar decisões, e para restringir o espectro dentro do qual as decisões dos agentes públicos podem ser feitas legitimamente.²⁴⁷

Por fim, assenta também sobre os argumentos jurídicos de que esses são estritamente relacionados para o que há de relevância para o Direito, sobre “questões de fato, ou prova, ou de opinião, na medida em que estas tenham relevância para o Direito, ou que o Direito tenha relevância para elas.”²⁴⁸

Para se definir sobre o que é relevante ou não ao Direito se refere diretamente ao conhecimento das fontes do direito, passando pela compreensão da sua origem, sua história e funções, e, também, suas insuficiências, essencial para que não sejam propostas concepções errôneas que não atendem à finalidade do Direito, ou, inclusive, para que sejam manipuladas para aplicar o direito de forma despropositada ou, pior, a preferências e interesses particulares.

Assim, do exposto, o raciocínio jurídico não será completo se não conjugado com a dialética, a qual acompanha de modo indissociável a decisão judicial.

Ainda, admite-se que por mais que a dialética seja executada de forma escorreita, o momento da decisão judicial, e seu resultado, dependerá da qualidade e compromisso do seu apreciador, àquele que a define. Contudo, sem dúvidas de que sem aquele processo anterior, sem o diálogo, essa, se não for inadmissível, ficará, no mínimo, ainda mais distante da sua, já difícil, tarefa de julgar.

Portanto, *diálogo* e *decisão* não se dissociam. Como afirma Michel Villey o “diálogo deixado a si mesmo, sem ordem e sem fim, parecerá estéril, incapaz de conduzir a algo”, enquanto, de outra mão, as decisões amputadas de seus motivos, as causas e os raciocínios, serão o resultado da pura *arbitrariedade* das autoridades.²⁴⁹

²⁴⁷ MACCORMICK, Neil, *loc. cit.*

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 20.

²⁴⁹ VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar, p. 276.

Assim, para a plena realização do Direito, em resposta ao seu problema da *decidibilidade* que o faz por meio dos *raciocínios jurídicos* um elemento de importância basilar se identifica na observação da natureza dialética de seus raciocínios, privilegiado a controvérsia e o lugar do diálogo nas decisões judiciais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Adotado como referencial o raciocínio jurídico, entendido esse como a forma que o pensamento jurídico é expressado, como ele é exteriorizado pelo jurista que interpreta o direito e seus instrumentos, à luz de um caso concreto, faz-se, sempre, para uma análise sua, buscar um mínimo entendimento acerca das especificidades do próprio Direito, olhando, pois, a sua estrutura teórica.

Além disso, é necessário ir além dessa, por ser insuficiente em dar conta de todas as explicações necessárias, é preciso recorrer a filosofia, que nos permite entender as fontes primeiras do conhecimento jurídico e concretizar as noções pelas quais o raciocínio jurídico é forjado, a determinada maneira e variando no decorrer dos tempos, por múltiplos fatores que podem ser cuidados em maior ou menor proporção.

Assim, como chave para a discussão exposta, em busca de uma consciência acerca da complexidade inerente ao Direito, a problematização através do raciocínio jurídico permite ao jurista situar, minimamente, o lugar, a função e a forma pela qual se deve chegar à solução jurídica, pois entendendo a estruturação dos caminhos poderá transitar sobre esses com maior facilidade.

O raciocínio jurídico que por longo tempo fora pensado como mero processo silogístico, de subsunção de premissas, por função de uma consciência cientifizadora marcante da época, cuja utilidade não pode ser negada, de outro lado, também não se tardou muito para ser constatada a sua insuficiência.

O Direito não se contenta a uma lógica meramente formal. Por isso, a argumentação é destacada como um dos elementos centrais para o raciocínio jurídico, cabe ao pensador demonstrar as suas razões, e decidir de forma aceitável e justa.

Sob ângulo observado por Neil MacCormick pode-se observar que embora a argumentação traga ao Direito elementos que denotem elevada incerteza, pois atribui a função de decidir ainda mais a responsabilidade das pessoas a partir da formulação de argumentos e a aceitação desses, sem um critério certo de antemão, não é adequado se pensar o caráter argumentativo como contrário ao valor da segurança que representa pilar do Direito, manifestando, assim, uma precisão teórica acerca do raciocínio jurídico que dá conta de caracterizá-lo.

Contudo, restará aberta a questão de compatibilizar esses valores, que não poderá ser muito afastada de uma análise caso a caso, das situações abrigadas pelo Direito.

Desse modo, como saída para esse dilema somente resta reconhecer a importância da dialética ao Direito e especialmente ao raciocínio jurídico como “arte de disputa” para que se tenha claro a mente que todo raciocínio que se proponha jurídico deverá levar em conta uma causa específica e trabalhar essa em forma de diálogo, assim, em cotejo ao que é argumentado por todas as partes, o que já faz parte da estrutura judiciária, na forma do processo, porém nem sempre efetivado em plenitude.

Assim, reconhecer que o caráter argumentativo do direito se deve dar a partir de uma consideração dialética, em atenção ao conflito e as exposições realizadas, somente do cotejo de diferentes perspectivas que se poderá chegar a solução mais prudente e consecutivamente aceitável, revelando, portanto, como elemento indispensável ao raciocínio e a sua exteriorização por meio da argumentação.

Nessa esteira se permitirá um cotejo adequado das *fontes do direito*, primeiramente entendendo das suas formações e influências para o Direito e também reconhecendo as suas insuficiências, sendo possível, com isso, adequá-las por meio de um raciocínio jurídico consciente pautado pela argumentação e dialética.

Dessas considerações, assim, avança-se ao problema da decidibilidade, de importância imprescindível à sociedade, para se entender, primeiramente, que para dar conta da multiplicidade de interesses à disposição dos juristas, de forma esparsa, por meio de leis, precedente, princípios, regras gerais, cláusulas abertas, deve ser dedicada especial atenção à compreensão desses para permitir uma construção argumentativa, para se chegar a solução adequada, e com a dialética, sem a qual, furta-se o raciocínio jurídico de cumprir o seu papel.

Decorrente das premissas acima o raciocínio jurídico não deve ser encarado como matéria esgotável, será sempre construído pelas transformações sociais e jurídicas, porém, nunca perdendo o núcleo identificado, necessário para a sua realização em direção à função de decidir os casos de forma adequada, cujas características se tentou abordar para a tomada de uma compreensão a respeito do Direito.

REFERÊNCIAS

ABEL, Henrique. **A Discrecionalidade Judicial e sua (In)Compatibilidade com o Estado Democrático de Direito**: positivismo, pragmatismo e ceticismo no cenário do "pós-positivismo". 2011. 129 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Programa de Pós-graduação em Direito, Universidade do Vale do Rio dos Sinos - Unisinos, São Leopoldo, 2011.

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica**: a teoria do discurso racional como teoria da justificação jurídica. 2. ed. São Paulo: Landy Livraria, 2001. Tradução de: Zilda Hutchinson Schild Silva.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros, 2008.

ATIENZA, Manuel. **As Razões do Direito**. Teorias da Argumentação Jurídica. 3a. São Paulo: Landy Editora, 2006.

_____. **Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista**. Observatório da Jurisdição Constitucional, Brasília, v. 7, p.1-24, dez. 2014. Instituto Brasiliense de Direito Publico. <http://dx.doi.org/10.11117/1982-4564.07.12>.

ATIENZA, Manuel; MANERO, Juan Ruiz. **Sobre princípios e regras**. Revista Panóptica, v. 4, n. 3, p. 49-68, nov. 2009. Tradução de: Renata Quinaud Pedro, Flávio Quinaud Pedron.

BARROSO, Luís Roberto. **Casos difíceis e a criação judicial do Direito**. In: SEMINÁRIO TEORIA DA DECISÃO JUDICIAL, 1., 2014, Brasília. Seminário Teoria da Decisão Judicial: 23, 24 e 25 de abril de 2014, Brasília, DF. Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2014. p.15 - 27. Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwiV2vfQ3YvQAhVEH5AKHSzCC2oQFggdMAA&url=http://www.cjf.jus.br/cjf/corragedoria-da-justica-federal/centro-de-estudos-judiciarios-1/publicacoes-1/cadernos-cej/seminario-teoria-da-decisao-judicial/@@download/arquivo&usg=AFQjCNFyBjxHGSDNiT6Rn3a1nGvbN8YPIg&sig2=WIQSs2yTULBbWjHG9I5GAw>>. Acesso em: 03 nov. 2016.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito** (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>>. Acesso em: 05 Mar. 2017.

BAYON, Juan Carlos. **Derrotabilidad, Indeterminación del Derecho y Positivismo Jurídico**. Isonomía, México, v. 13, p.87-117, out. 2000.

_____. **El Contenido Mínimo del Positivismo Jurídico**. Disponível em: www.enj.org. Acessado em: 08 Nov. 2016

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. **Poderes Instrutórios Do Juiz**. 2ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: lições de filosofia do direito. São Paulo: Ícone, 1995. Tradução de: Márcio Pugliesi, Edson Bini, Carlos E. Rodrigues.

BULYGIN, Eugenio. **El Positivismo Jurídico**. México: Distribuciones Fontamara, 2006.

_____. **Sistema Deductivo y Sistema Interpretativo**. Isonomía, México, v. 13, p.55-60, out. 2000.

BUSTAMANTE, Thomas. **A Breve História do Positivismo Descritivo**: o que resta do positivismo jurídico depois de H.L.A.Hart. Revista Novos Estudos Jurídicos, Itajaí, v. 20, n. 1, p.308-327, abr. 2015.

CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e Argumentação**: uma contribuição ao estudo do direito. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CARNEIRO, Maria Francisca. **Lógica e Direito**: a essencialidade das relações. Themis: Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 4, n. 1, p.339-346, jun. 2006. Semestral. Disponível em: <http://www2.tjce.jus.br:8080/esmec/wp-content/uploads/2008/10/themis-v4-n1_atual.pdf>. Acesso em: 03 nov. 2016.

COELHO, Luiz Fernando. **Lógica Jurídica e Interpretação das Leis**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1981.

COSTA, Alexandre Araújo. **Direito e Método**: diálogos entre a hermenêutica filosófica e a hermenêutica jurídica. 2008. 421 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade de Brasília, Brasília.

DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a Sério**. São Paulo: Martins Fontes, 2002. Tradução de: Nelson Boeira.

ENCARNAÇÃO, João Bosco da. **Que é isto, o Direito?**: Introdução à Filosofia Hermenêutica do Direito. 5. ed. São Paulo: Creative Commons, 2010. Disponível em: <<http://livros01.livrosgratis.com.br/ea000736.pdf>>. Acesso em: 03 nov. 2016.
ENGISCH, Karl. Introdução ao Pensamento Jurídico. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001. Tradução de: João Baptista Machado.

FARALLI, Carla. **A Filosofia Contemporânea do Direito**: Temas e Desafios. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Tradução de: Candice Premaor Gullo.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Argumentação Jurídica**. Barueri: Manole, 2014.

_____. A ciência do direito. 2 ed. São Paulo: Atlas, 1980.

_____. **Direito, Retórica e Comunicação**: subsídios para uma pragmática do discurso jurídico. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1997.

_____. **Introdução ao estudo do direito:** técnica, decisão, dominação. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Teoria da Norma Jurídica:** ensaio de pragmática da comunicação normativa. 4 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

FISS, Owen M. **Um novo processo civil:** estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade. Coord. da tradução Carlos Alberto de Salles; tradução Daniel Porto Godinho da Silva, Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Revista dos Tribunais, c2004.

FOUCAULT, Michel. **A Ordem do Discurso:** aula inaugural no collège de france. 5. ed. São Paulo: Edições Loyola, 1999. Tradução de: Laura Fraga de Almeida Sampaio.

FRIEDE, Reis. **Ciência do Direito, Norma, Interpretação e Hermenêutica Jurídica.** 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2000.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito.** 4. ed. São Paulo: Maujeiros Editores, 2006.

GROSSI, Paolo. **Mitologias jurídicas da modernidade.** Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. Tradução de: Arno Dal Ri Junior.

GUASTINI, Riccardo. A propósito del neoconstitucionalismo. **Gaceta Constitucional**, Lima, v. 67, p.231-240, jul. 2013. Tradução de Renzo Cavani.

_____. **Teoria e ideología de la interpretación constitucional.** Madrid: Editorial Trotta, 2008.

GUSMÃO, Paulo Dourado de. **Introdução ao estudo do direito.** 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

HART, H. L. A. **O Conceito de Direito.** Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1986.

HERKENHOFF, João Baptista. **Como aplicar o direito.** 9. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

HESPANHA, António Manuel. **Cultura jurídica europeia:** Síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KELSEN, Hans. **Teoria Geral das Normas.** Porto Alegre: Sergio Fabris, 1986.

_____. **Teoria Pura do Direito.** 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. Tradução de: João Baptista Machado.

LOUREIRO, Maria Fernanda; CARNEIRO, Maria Francisca. **Hermenêutica como método de aplicação do Direito Constitucional.** Sérgio Antonio Fabris Editor, Porto Alegre: 2011

MACCORMICK, Neil. **Retórica e o Estado de Direito**: uma teoria da argumentação jurídica. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008. Tradução de Conrado Hübner Mendes.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz. **Curso de Processo Civil**: Processo de Conhecimento. Vol. 2. 11ª São Paulo: RT, 2013.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

MÁYNEZ, Eduardo García. **Positivismo Jurídico, Realismo Sociológico y lusnaturalismo**. 4. ed. México: Livraria dos Advogados Editora, 2002.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

OLIVEIRA, André Gualtieri de. **Filosofia do Direito**. São Paulo: Saraiva, 2012. (Coleção saberes do direito; 50).

PERELMAN, Chaim. **Lógica Jurídica**: nova retórica. São Paulo: Martins Fontes, 1998. Tradução de: Verginia K. Pupi.

PERELMAN, Chaim; OLBRECHTS-TYTECA, Lucie. **Tratado da Argumentação: a nova retórica**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005. Tradução de: Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão.

REALE, Miguel. **Filosofia do Direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

_____. **O Direito como experiência**: introdução à epistemologia jurídica. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

RODRÍGUEZ, Víctor Gabriel. **Argumentação Jurídica**: técnicas de persuasão e lógica informal. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

SOUSA, Felipe Oliveira de. Entre o não-positivismo e o positivismo jurídico: notas sobre o conceito de direito em Robert Alexy. **Direitos Fundamentais & Justiça**, Porto Alegre, v. 14, p.297-324, mar. 2011.

SOUSA, José Péricles Pereira (org.). **Jurisdição constitucional e direitos fundamentais**: estudos em homenagem a Jorge Reis Novais. Belo Horizonte : Arraes Editores, 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
_____. O que é isto - decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

STRUCHINER, Noel. O "aparente" paradoxo das regras. **Ethic@**, Florianópolis, v. 8, n. 3, p.63-71, maio 2009.

STRUCHINER, Noel; SCHECAIRA, Fábio Perin. A distinção entre direito e moral e a distinção moral do direito. **Revista de Direito do Estado**, São Paulo, v. 7, n. 22, p.131-145, mar. 2012.

_____. Verbete sobre realismo jurídico. In: TRAVESSONI, Alexandre (Org.). **Dicionário de Teoria e Filosofia do Direito**. Curitiba: Ltr, 2011. p. 348-351.
VIEHWEG, Theodor. Tópica e Jurisprudência. Brasília: Universidade de Brasília, 1979. Tradução de: Tércio Sampaio Ferraz Jr.

VILLEY, Michel. **Filosofia do direito**: Definições e fins do direito, os meios do direito. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008. Tradução de Márcia Valéria Martinez de Aguiar.

WARAT, Luis Alberto. **O direito e sua linguagem**. Porto Alegre: Fabris, 1984.

WIEACKER, Franz. **História do direito privado moderno**. 2. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1967. Tradução de: A. M. Botelho Hespanha.